

Rozdział I. Harmonizacja trybów zawarcia umowy we współczesnym obrocie handlowym

Analiza problematyki odpowiedzialności przedkontraktowej byłaby niepełna, gdyby nie zacząć jej omówienia od krótkiego przedstawienia podstawowych zagadnień procedury zawierania umów zobowiązujących – bezpośredniego otoczenia prawnego, w jakim ta odpowiedzialność powstaje w sposób najbardziej naturalny. To właśnie w trakcie przygotowania i nawiązywania stosunku umownego rodzą się przedkontraktowe uprawnienia i obowiązki stron, a spełnienie się przesłanek odpowiedzialności przedkontraktowej pozostaje z reguły w ścisłym związku faktycznym i prawnym z prawidłowym przebiegiem całego procesu dochodzenia do konsensu. Sam fakt świadomego podjęcia przez kontrahentów w dobrej wierze i w zaufaniu do drugiej stron choćby pierwszych, wstępnych działań zmierzających do zawarcia umowy powinien czynić nadzwyczaj aktualną kwestię ich wzajemnej odpowiedzialności, zanim jeszcze nastąpi zawarcie właściwego porozumienia. Ustawodawca krajowy, w pełni doceniając znaczenie prawidłowego i bezpiecznego zawarcia umowy dla pomyślnego rozwoju obrotu handlowego, w mniej lub bardziej szczegółowy sposób reguluje postępowanie kontrahentów zmierzających do jego osiągnięcia, dając im do ręki skuteczne instrumenty ochrony wzajemnego zaufania. Często jednak, wiele kwestii istotnych dla powodzenia procesu zawierania umowy pozostawia się woli stron i praktyce kontraktowej, co problematykę odpowiedzialności przedkontraktowej czyni jeszcze ciekawszym przedmiotem badań dogmatycznych i empirycznych.

Obrót gospodarczy, z jednej strony, staje się bardziej ujednolicony i dostępny, z drugiej zaś, zachowuje w dalszym ciągu duży stopień różnicowania instytucjonalnego i kulturowego. Różnorodność ta powoduje, że pomimo wielu udanych projektów harmonizacyjnych w zakresie prawa umów, nadal trudno jest w praktyce ustalać wspólne standardy postępowania, czy też uznać jakąś regułę za pewnik, ogólnie akceptowany przez kontrahentów i sądy. Wymiana handlowa staje się technologicznie bardziej skomplikowana, ochrona tajemnic przedsiębiorstwa okazuje się pilnym zagadnieniem do rozwiązania. Towary i usługi dostępne są w bardzo zróżnicowanym asortymencie, są produktami o złożonej strukturze, wymagającymi od producentów i użytkowników (konsumentów) wyspecjalizowanej wiedzy i większego doświadczenia w ich dystrybucji i użyciu.

W dobie szerokiego dostępu do konkurencyjnych rynków finansowych, surowcowych, czy technicznych, nieodzowne stają się zdolności adaptacyjne szybkiego wyszukiwania i sprawnego korzystania z właściwych informacji oraz umiejętność skutecznego prowadzenia kompleksowych przygotowań do zawarcia obszernego kontraktu o dopracowanych, nieraz wyjątkowo osobliwych klauzulach. Dzięki powszechnemu wykorzystaniu technologii informatycznych znacznie zredukowano koszty i czasochłonność przygotowania umowy, co dodatkowo sprzyja aktywnemu zaangażowaniu się obu stron w proces jej zawarcia¹. Tym większe jest więc znaczenie zasad ogólnych oraz rola wzajemnych uzgodnień podejmowanych w okresie przedkontraktowym, w celu jego uporządkowania i określenia przejściowej sytuacji prawnej kontrahentów.

W praktyce kontraktowej europejskich systemów prawnych daje się zauważyć rosnącą rolę zdeformalizowanych procedur zawarcia umowy, w których coraz mniej wagi przywiązuje się do utrzymania wyraźnego podziału ról na tego, kto propozycje składa i tego, który ją przyjmuje (ang. *meeting of minds, closing*). Schemat, ten tak powszechnie dotąd przyjmowany w systemach germańskich i romańskich, rozumiany dosłownie, zdaje się zbyt mocno kępować swobodę kontraktowania i nie spełnia oczekiwań dzisiejszej praktyki kontaktowej. We współczesnym obrocie handlowym, zwłaszcza elektronicznym, upowszechnia się praktyka wieloetapowego, stopniowego dochodzenia do porozumienia (ang. *gradual formation of contract*), ale bez wyróżniania chwili złożenia oferty bądź akceptacji, z wykorzystaniem rozmaitych metod, opartych na wykonywaniu obowiązków lub zobowiązań przedkontraktowych i kontraktowych². Stosowanie trybu ofertowego nierzadko ogranicza się do prostego schematu „weź to, albo zostaw” (ang. *take-it-or-leave-it*). Większość umów, zwłaszcza te o złożonej treści, mieszane, składające się z elementów różnych, nazwanych i nienazwanych zobowiązań kontraktowych, jest zawierana w drodze wymiany skomplikowanych oświadczeń i deklaracji, gdzie wątpliwości może budzić również ustalenie zgodnego zamiaru stron, czy wspólnego celu zobowiązania. Po zawarciu umowy strony, niemal natychmiast zaczynają zmieniać jej treść, renegecjonować warunki, sporządzać aneksy, co dodatkowo utrudnia ocenę. Problem może sprawiać określenie chwili ostatecznego zamknięcia procesu zawarcia umowy (ang.

¹ Por. T. Pfeiffer, *New Mechanisms for Concluding Contracts*, w: *New Features in Contract Law* (red. R. Schulze), Sellier, European Law Publishers, 2007, s. 166–167.

² Zob. w szczególności S. Van Erp, *Contract als Rechtsbetrekking*, Tilburg 1990, *passim*; M. Fontaine, *Mélanges offerts à Pierre Van Ommerslanghe*, Bruxelles 2000, s. 115 i n.; R. Schulze, *Precontractual Duties and Conclusion of Contract in European Law*, *European Review of Private Law* 2005, t. 13, s. 841 i n.; tenże, *The New Challenges in Contract Law*, Introduction, w: *New Features in Contract Law* (red. R. Schulze), Sellier 2007, s. 18.

formal closing). Do zawarcia umowy często dochodzi bez uzgodnienia wszystkich, albo wszystkich istotnych jej postanowień (por. np. umowa z postanowieniami otwartymi, rozdz. V, § 17). Tradycyjne sposoby zawierania umowy przekształcają się w rozmaite procedury hybrydowe, w których klasyczne elementy oferty oraz akceptacji (także związane z trybami aukcyjno-przetargowymi) proporcjonalnie i harmonijnie łączą się z rozbudowanymi strategiami negocjacyjnymi o charakterze przygotowawczym. Jedną z instytucji wykorzystywaną przy regulacji bardziej złożonych, wieloetapowych procedurach zawarcia umowy są m.in. dokumenty określane potocznie, zbiorczym mianem listów intencyjnych (zob. rozdz. V, § 13 i 19). Praktyka przemiennej albo kumulatywnej stosowania trybu ofertowego, przetargowego lub rokowaniowego coraz bardziej zyskuje na znaczeniu i popularności. Nie bez wpływu na różnicowanie się sposobów zawierania umów ma powszechna – w skodyfikowanych systemach prawnych wielu państw – tendencja do tworzenia norm odrębnie regulujących stosunki pomiędzy przedsiębiorcami oraz między przedsiębiorcą a konsumentem. W tego typu procedurach wzrasta rola ustawowych i kontraktowych norm regulujących zasady uczciwego i rzetelnego postępowania kontrahentów w okresie przedkontraktowym, regulujących odpowiedzialność z tytułu nadużycia zaufania przy zawieraniu umowy lub skutków niewykonania obowiązków przedkontraktowych.

Proces uniformizacji sposobów zawarcia umowy z charakterystycznym dla siebie zacieraniem się między nimi różnic materialnych i formalnych, ma jeszcze niewielki wpływ na doktrynę i judykaturę. W większości systemów prawa prywatnego, w dalszym ciągu utrzymuje się tradycyjny podział na tryb ofertowy, negocjacyjny, aukcyjny albo przetargowy zawarcia umowy. Nie wyklucza to możliwości dochodzenia do porozumienia w inny sposób. W praktyce są to jednak jedynie mniej lub bardziej wyspecjalizowane modyfikacje trybów podstawowych (np. zawarcie umowy za pomocą wzorca jest najbardziej znaną adaptacją trybu ofertowego, zawarcie umowy na giełdzie papierów wartościowych – trybu przetargowego, zaś zawarcie umowy w drodze aukcji internetowej – klasycznego trybu aukcyjnego)³. W naszym Kodeksie cywilnym podział ten utrwała odrębna, ogólna regulacja każdego z nich. Regulacja ta ma zresztą wyjątkowy charakter w skali europejskiej i światowej. Żaden z omawianych w niniej-

³ Por. co do zawarcia umowy w trybie aukcji internetowej, zob. *M. Giaro*, Zawarcie umowy w trybie aukcji internetowej, rozprawa doktorska, Warszawa 2012, niepubl., archiwum biblioteki WPiA Uniwersytetu Warszawskiego, s. 128–142. Co do zawarcia umowy na giełdzie, zob. *A. Chłopecki*, Opcje i transakcje terminowe. Zagadnienia prawne, Warszawa 2001, s. 230 i n.; *A. Stosio*, Umowy zawierane przez Internet, Warszawa 2002, s. 97, 119–121. Por. jednak *W. J. Katner*, w: System PrPryw, t. 7, 2011, § 7, Nb 211 i n., s. 62–63. Ten ostatni słusznie podkreśla jednak (Nb 215), że umowa zawierana jest na giełdzie w podobny sposób, jak w wyniku przetargu.

szym opracowaniu obcych systemów prawnych nie może pochwalić się tak rozbudowanym i kompleksowym uregulowaniem zagadnień ogólnych, dotyczących wszystkich wymienionych sposobów zawarcia umowy. Unikalne jest zwłaszcza uregulowanie procedury aukcyjnej i przetargowej, co czyni z niej odrębny sposób zawarcia umowy⁴. Wyodrębnienie takie, także w znaczeniu jurydycznym, nie oznacza, że sposoby te wzajemnie się wykluczają czy też tworzą zamkniętą listę. W ramach stosowania procedury aukcyjnej bądź przetargowej jak najbardziej wskazane jest poszukiwanie analogii do trybu ofertowego oraz negocjacyjnego. Wszystkie kodeksowe sposoby zawarcia umowy dobrze się uzupełniają, stwarzając kontrahentom możliwość przemiennego korzystania z nich, także w trakcie tej samej procedury⁵. Możliwość ta odgrywa szczególnie doniosłą rolę w obrocie elektronicznym. Wymaga jednak stosowania bardziej ujednoczonych, efektywnych środków ochrony stron w okresie poprzedzającym zawarcie umowy.

W piśmiennictwie i orzecznictwie anglosaskim cały proces dochodzenia kontrahentów do porozumienia opisywany jest na ogół jednolicie, jako złożenie oferty i jej przyjęcie. Opis ten jest o tyle ważny, że w jego ramach charakteryzowana jest także istota i pojęcie kontraktu, jako że w systemach *common law* nie istnieje prawnie relewantne pojęcie czynności prawnej i oświadczenia woli. Zarówno negocjacje, jak i aukcja opisywane są w podobny sposób, tj. z nawiązaniem do oferty i akceptacji. Dla zawarcia umowy konieczne jest występowanie trzech elementów: oferty, akceptacji i *consideration*. Do zawarcia umowy dochodzi w chwili przyjęcia oferty przez drugiego kontrahenta⁶. W Amerykańskim Jednolitym Kodeksie Handlowym (UCC), przesłanką skutecznej oferty jest istnienie obiektywnego zamiaru zawarcia umowy, wyrażonego w sposób dostateczny [art. 2-104 (3), art. 2-202]⁷.

⁴ Zob. m.in. *M. Boratyńska*, Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne, Warszawa 2001, s. 46; *A. Brzozowski*, w: Komentarz KC, t. I, 2011, kom. do art. 70¹, Nb 3, s. 399; *Z. Radwański*, w: System PrPryw, t. 2, 2008, § 31, Nb 102–103; *Rajski, Kocot, Zaradkiewicz*, Prawo kontraktów, s. 187 i n.; *R. Szostak*, Aukcja w ujęciu zmienionych przepisów kodeksu cywilnego, Rej. 2003, Nr 9, s. 107–108; *Wolter, Ignatowicz, Stefaniuk*, Prawo cywilne, 2001, s. 287–288; *A. Wójcik*, Charakter prawny przetargu – głos w dyskusji, PPH 1999, Nr 3, s. 36 i n.

⁵ Zob. np. *A. A. Machnicka*, Przedkontraktowe porozumienia – umowa o negocjacje i list intencyjny. Studium prawnoporównawcze, Warszawa 2007, s. 241–242; *P. Machnikowski*, w: *Gniewek, Machnikowski*, Komentarz. KC, 2013, Nb 7, s. 202; *Rajski, Kocot, Zaradkiewicz*, Prawo kontraktów, s. 143.

⁶ Por. § 22 amerykańskiego zbioru reguł *common law Restatement (Second) of Contracts*.

⁷ Por. szerzej na ten temat *W. J. Kocot*, Wpływ Internetu na prawo umów, Warszawa 2004, s. 174 i n.; *M.-A. Zachariasiewicz*, Pojęcie oferty. Rys prawnoporównawczy, PPHZ, t. 16, Katowice, 1992, s. 9–35.

Z kolei przedstawiciele doktryny systemów kontynentalnych dostrzegają i opisują co prawda odmienności wszystkich tych trybów, co jednak nie znajduje na ogół odniesienia w prawie skodyfikowanym. W germańskiej tradycji prawnej zagadnienia zawarcia umowy należą do części ogólnej kodeksu (oświadczenie woli, wady oświadczenia woli, zdolność do czynności prawnych, zagadnienia wykładni)⁸. Kodeksowe przepisy dotyczące zawarcia umowy mają na ogół bardzo ograniczoną formę i treść. W niemieckim kodeksie cywilnym (§ 145–155) oraz holenderskim KC (art. 6:217–6:225) uregulowane zostały podstawowe zagadnienia dotyczące zawarcia umowy w drodze złożenia oferty i jej przyjęcia (np. wiążący charakter oferty, wygaśnięcie oferty, termin jej przyjęcia, spóźniona akceptacja). W § 145 KC niem. nie definiuje wprost oferty (*das Angebot*), lecz wskazuje okoliczności, w których złożona propozycja (*der Antrag*) tworzy stan związania pomiędzy dwoma podmiotami (*die Gebundenheit*). Procedurze aukcyjnej poświęcono tylko dwa krótkie przepisy w niemieckim kodeksie cywilnym (§ 156), stosownie do którego umowa zawarta jest dopiero w momencie przybicia, a oferta przestaje wiązać, gdy zostanie złożona oferta wyższa (*ein Übergebot*) albo aukcja zostanie zamknięta bez wyboru którejkolwiek z ofert. W kodeksach cywilnych: francuskim, belgijskim oraz hiszpańskim szczegółowe unormowanie procedury zawarcia umowy zostało pominięte. Stosownie do art. 1108 KC franc. (jedyny przepis, który systemowo odnosi się do problematyki zawierania umowy) i art. 1261 KC hiszp., koniecznymi wymaganiami do zawarcia ważnej umowy są: zgoda zobowiązującej się strony, zdolność stron do zawarcia umowy, określenie przedmiotu i zgodnej z prawem kauzy. W art. 1134 KC franc., w pośredni sposób opisano zaś rolę umowy w systemie prawa cywilnego, wskazując na jej wartość i moc wiążącą („umowy legalnie zawarte stają się prawem dla tych, którzy je zawarli”). Z kolei, w art. 1262 KC hiszp. ogólnie mówi się już wyraźnie o ofercie i akceptacji, jako koniecznych elementach materialnoprawnych dla ustalenia istnienia porozumienia (zgody, *el consentimiento*), co do przedmiotu i normatywnych motywów (*la cosa y la causa*), składających się na kontrakt.

Konwencję wiedeńską z 1980 r. o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów (CISG), stosuje się do umów sprzedaży zawieranych w drodze złożenia oferty i jej przyjęcia, w tym także przez wymianę ogólnych warunków i wzorców (formularzy) kontraktowych, oraz w drodze negocjacji (w tym również za pomocą listów intencyjnych). Uwzględniono główne zagadnienia ofertowego trybu zawarcia umowy (art. 14–24), z le-

⁸ W odróżnieniu np. od francuskiego kodeksu cywilnego czy szwajcarskiego kodeksu zobowiązań, polski kodeks nie reguluje łącznie całokształtu problematyki kontraktów, przyjmując za zasadnicze pojęcie czynności prawnej, a dopiero w jego ramach wyróżniając umowę. Por. *Rajski, Kocot, Zaradkiewicz*, Prawo kontraktów, s. 19.

galną definicją oferty na czele (art. 14 ust. 1)⁹. W rozumieniu konwencji wiedeńskiej ofertą jest dostatecznie precyzyjna propozycja zawarcia kontraktu, skierowana (adresowana) do jednej bądź wielu określonych osób, wyrażająca stanowczy zamiar oferenta bycia związanym w przypadku jej przyjęcia. Propozycję zawarcia umowy sprzedaży uznaje się za wystarczająco precyzyjną, jeżeli wskazuje towary oraz w sposób wyraźny bądź dorozumiany określa albo wskazuje podstawy określenia ich ilości i cenę. W konwencji wiedeńskiej brak jest, co prawda, przepisów regulujących *expressis verbis* zawarcie umowy w drodze negocjacji, ale jednocześnie nie wyłącza ona umów zawartych w tym trybie z zakresu swego zastosowania¹⁰. W sposób wyraźny wyłączono natomiast jej stosowanie do kontraktów międzynarodowej sprzedaży zawartych w drodze aukcji (ale już nie w drodze przetargu pisemnego) bądź w toku postępowania egzekucyjnego [art. 2 ppkt b) i c) konwencji wiedeńskiej].

W prawie modelowym zagadnienia zawierania umów uregulowane zostały dość szczegółowo w rozdziale 2 (art. 2.1.1–2.1.22) Zasad UNIDROIT, rozdziale 2 (art. 2.101–2.302) PECL oraz rozdziale 4 księgi drugiej DCFR (art. II.–4:201–art. II.–4:211). Regulacje europejskie formalnie dotyczą ofertowego trybu zawarcia umowy. Zgodnie jednak z modelowymi normami szczególnymi (art. 2:211 PECL, art. II.–4:211 DCFR), przepisy o ofercie powinny znaleźć odpowiednie zastosowanie także przy analizie procesu zawierania umowy, w którym nie sposób określić chwili złożenia oświadczenia o charakterze oferty bądź jej przyjęcia. W Zasadach UNIDROIT i *Draft Common Frame of Reference*, obok uregulowań wprost odnoszących się do oferty i akceptacji (art. 2.1.1–2.1.11 PECL, art. II.–4:201–210 DCFR) znalazły się przepisy mające szersze zastosowanie do innych, zwłaszcza negocjacyjnego, trybów zawarcia umowy (por. art. 2.1.12–2.1.22 PECL, art. II.–3:301 i 302 oraz art. II.–4:104 i 105 DCFR).

W art. 2.1.2 Zasad UNIDROIT ofertę określa się jako dostatecznie określoną propozycję, z której wynika zamiar oferenta bycia związanym w przypadku jej przyjęcia. Z kolei w art. 2.201 PECL oraz w art. II.–4:201 DCFR, za konstytutywne elementy oferty uznaje się zamiar zawarcia umowy w razie jej przyjęcia przez drugą stronę oraz oznaczenie jej przyszłych postanowień w stopniu wystarczającym do zawiązania stosunku umownego. Pojęcie oferty w europejskim prawie modelowym bliskie jest tradycji systemów romańsko-germańskich. Żadnej z przesłanek nie nadaje

⁹ Polski Kodeks cywilny (art. 66 § 1), czy szwajcarski Kodeks zobowiązań (art. 1 i 3) także określają legalną definicję oferty.

¹⁰ Zob. więcej *W. J. Kocot*, Zawieranie umów sprzedaży według Konwencji Wiedeńskiej, Warszawa 1998, s. 251 i n.; *M.-A. Zachariasiewicz*, w: Konwencja wiedeńska o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów. Komentarz (red. *M. Pazdan*), Kraków 2001, s. 175 i n.

się tu pierwszeństwa¹¹. Poza określeniem swobody dojścia do wiążącego porozumienia (wolność kontraktowania), w rozbudowanym dziale 1 rozdziału 2 PECL oraz rozdziału 4 księgi drugiej DCFR ulokowano ogólne reguły interpretacyjne, dotyczące m.in. metody ustalenia istnienia zamiaru strony związania się umową (art. 2.102 PECL, art. II-4:102 DCFR), oceny stopnia osiągniętego porozumienia (art. 2.103 ust. 1 PECL, art. II-4:103 ust. 1 DCFR) i charakteru prawnego niezgodnionych indywidualnie postanowień (art. 2.104 PECL, art. II-1:110 oraz art. II-9:103 DCFR). Ponadto, prawo modelowe opisuje znaczenie klauzuli integracyjnej (tzw. ang. *merger clause* – art. 2.105 PECL, art. II-4:104 DCFR, art. 2.1.17 Zasad UNIDROIT), oraz posługuje się konstrukcją domniemania zastrzeżenia formy pisemnej dla skuteczności zmiany umowy (ang. *modification in a particular form*, odpowiednio: art. 2.106 PECL, art. II-4:105 DCFR i art. 2.1.18 Zasad UNIDROIT). W ramach regulacji art. 2.1.13 Zasad UNIDROIT i art. II-4:103 ust. 2 DCFR dopuszcza się możliwość uzależnienia skuteczności samego aktu zawarcia umowy od uprzedniego uzgodnienia konkretnych postanowień umowy lub od zachowania określonej formy (ang. *conclusion of contract dependent on agreement on specific matters or in a particular form*) oraz art. 2.1.14 Zasad UNIDROIT, dopuszczający zawarcie umowy z postanowieniami otwartymi (ang. *contracts with terms deliberately left open*).

Określenia „zawarcie umowy” używa się zarówno w znaczeniu proceduralnym, jak i materialnoprawnym¹². W pierwszym, chodzi o dopełnienie przez kontrahentów ustalonych ustawą, umową albo zwyczajem procedury (trybu) doprowadzenia do wiążącego porozumienia. W rozumieniu materialnoprawnym, warunkiem powstania zobowiązania kontraktowego, bez względu na przyjęty tryb zawarcia umowy, jest natomiast zgodność oświadczeń woli. Do zawarcia umowy dochodzi, gdy strony osiągną porozumienie (jedność, konsens), co do wspólnego celu, zgodnego zamiaru i treści, potwierdzając to złożeniem koherentnych (jednobrzmiących) oświadczeń woli. Osiągnięcie konsensu wielokrotnie uzupełniane jest pewnymi, dodatkowymi wymaganiami ustawowymi (np. co do formy) po to, aby złożone zgodnie oświadczenia woli nabrały cech skutecznej czynności prawnej. Brak zgodności oświadczeń woli oraz ich wieloznaczność, których nie da się usunąć nawet w drodze wykładni (tzw. rzeczywisty dyspens) powoduje, że umowy nie można uważać za skutecznie zawartą. Jednoznaczność oświadczeń woli składanych w toku zawierania umowy jest bowiem podstawową przesłanką ustalenia istnienia konsensu, a z kolei jej

¹¹ Tak Rajski, Kocot, Zaradkiewicz, Prawo kontraktów, s. 147.

¹² Na taki podział wskazują m.in.: B. Gawlik, Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (art. 66–72), Kraków 1977, s. 43 i n.; M. Jasiakiewicz, A. Klein, K. Oplustil, w: System PrHandl, t. 5, 2006, rozdz. 3, Nb 12.

spełnienie bezwzględnym warunkiem uznania, że doszło do powstania stosunku obligacyjnego.

Na zgodności oświadczeń woli w procesie zawierania umowy opiera się także prawo modelowe. Stosownie do zwięzle sformułowanego art. 2.1.1 Zasad UNIDROIT, umowę należy uznać za zawartą, jeżeli tylko z zachowania stron dostatecznie wynika zgodny zamiar osiągnięcia porozumienia. Umowa może zostać zawarta zarówno w drodze przyjęcia oferty, jak też przez takie zachowanie się stron, które dostatecznie ujawnia istnienie porozumienia. Oznacza to, że tryb ofertowy jest najpewniejszym, ale nie jedynym sposobem badania konsensu stron. Z kolei zgodnie z art. 2.101 PECL, z zastrzeżeniem spełnienia dodatkowych warunków umowę uważa się za zawartą, jeżeli strony wyraziły zamiar związania się stosunkiem prawnym oraz poczyniły uzgodnienia wystarczające do stwierdzenia istnienia porozumienia. W ujęciu zaś art. II.–1:101 ust. 2 DCFR, umowa jest czynnością prawną, jeżeli z zachowania stron w sposób wyraźny albo dorozumiany wynika zamiar nadania jej właśnie takiego, wiążącego charakteru. W ramach powyższej reguły za tryb prowadzący do powstania ważnego stosunku obligacyjnego można uznać nie tylko ofertę i jej przyjęcie (polegające również na przystąpieniu do umowy albo jej wykonaniu), lecz także jednostronną czynność prawną (przrzeczenie), którą – zgodnie z tzw. teorią policytacyjną – strona jest związana bez konieczności akceptacji przrzeczenia przez drugą stronę¹³.

Mając na względzie powyższe, tryb ofertowy należy traktować, jak postuluje się w europejskim prawie modelowym, jako rodzaj modułu (wzorca) do szerszego stosowania w przypadkach procedury zawarcia umowy, której nie da się jednoznacznie lub ściśle podzielić na etap oferty i jej przyjęcia (zob. art. 2:211 PECL, art. II.–4:211 DCFR). Z uwagi na podstawową rolę w obrocie, tryb ofertowy ma charakter modelowy, w oparciu o który sąd najczęściej dokonuje oceny zachowań kontrahentów, skuteczności zawarcia kontraktu, zakresu zgodnej woli stron i stopnia ich stanowczości w dążeniu do porozumienia. Nie wszystkie stany faktyczne muszą mu jednak ściśle odpowiadać. Dopuszczalność odejścia od

¹³ Por. też art. 2.107 PECL i art. II.–1:103 ust. 2 DCFR, a w naszym prawie – konstrukcję przrzeczenia publicznego – art. 919 § 1 i art. 921 § 1 KC – gdzie obowiązek świadczenia powstaje pod warunkiem zawieszającym, że ktoś podejmie określone w przrzeczeniu zachowanie. Zob. więcej, *W. J. Kocot, Zasady Międzynarodowych Kontraktów Handlowych UNIDROIT oraz Zasady Europejskiego Prawa Umów dotyczące ofertowego trybu zawarcia umowy a prawo polskie*, w: *W kierunku europeizacji prawa prywatnego. Księga pamiątkowa dedykowana profesorowi Jerzemu Rajskiemu* (red. *A. Brzozowski, W. J. Kocot, K. Michałowska*), Warszawa 2007, s. 196.

modelu ofertowego powinna być zagwarantowana, zwłaszcza, jeżeli ma to praktyczne uzasadnienie¹⁴.

Biorąc pod uwagę formalną gwarancję swobody wyboru sposobów składania oświadczeń woli, zapewnianą przez systemy prawne, kontrahenci mogą dowolnie dobrać sobie dostępne im, podstawowe tryby zawarcia umowy, łącząc ze sobą ich typowe elementy bez szkody dla powodzenia całego procesu dochodzenia do konsensu. Ofertę można np. złożyć *ad hoc*, albo w postaci wcześniej przygotowanego i wielokrotnie powielanego wzorca umownego bądź też dokumentu uprzednio uzgodnionego indywidualnie z oblatem. Z kolei, przetarg nie ma już tak jednolitego charakteru. Od trybu ofertowego odróżnia go szczególnie, sformalizowany sposób wielostronnego, wieloetapowego i eliminacyjnego postępowania, którego celem jest wybór kontrahenta¹⁵. Współcześnie kształtuje się i silnie wyodrębnia procedura aukcji organizowanej na stronach internetowych. Może mieć charakter ustny (aukcja, ang. *auction*, franc. *enchères verbal*, hiszp. *subasta*), albo pisemny (przetarg, ang. *tender*, franc. *par soumissions cachetées*, hiszp. *concurso*). W drodze aukcji zawierane są umowy o nieskomplikowanym charakterze zwłaszcza, jeżeli jej organizatorowi zależy przede wszystkim na szybkim obrocie towarowym i uzyskaniu jak najwyższego, wzajemnego świadczenia pieniężnego. Do umów takich zaliczyć trzeba w szczególności sprzedaż lub dostawę towarów albo usług, najem czy dzierżawę budynków, lokali lub innych obiektów budowlanych, sprzedaż albo oddanie w użytkowanie wieczyste nieruchomości gruntowych. Natomiast przetargi pisemne rozpisywane są wtedy, gdy strony zamierzają osiągnąć porozumienie o złożonej, kompleksowej treści, wymagającej np. równoległego zawarcia przedwstępnych umów podwykonawczych, uprzedniego uzyskania decyzji administracyjnych, udzielenia osobistych lub rzeczowych zabezpieczeń i podjęcia wielu innych prawnych i faktycznych czynności przygotowawczych, od których wykonania zależy zredagowanie ostatecznej oferty i jej pomyślny wybór. Inną, dość istotną różnicą pomiędzy aukcją, a przetargiem jest zakres obowiązku jej stosowania. O ile aukcja najczęściej jest stosowana w pełni dobrowolnie przez podmioty niepubliczne, o tyle przetarg jest zazwyczaj obligatoryjnym sposobem zawarcia umowy, regulowanym przez imperatywne przepisy szczególne, dotyczącym obrotu z udziałem jednostek sektora publicznego i z tych powodów wymagającym stworzenia samodzielnego, efektywnego systemu ochrony i nadzoru o charakterze admi-

¹⁴ Tak *W. J. Kocot*, Wpływ Internetu, s. 170 i n.; *M.-A. Zachariasiewicz*, Pojęcie oferty, s. 12; też, Procedura zawierania umów według znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego, KPP 2004, Nr 4, s. 921 i n.

¹⁵ Zob. *M. Jasiakiewicz*, *A. Klein*, *K. Oplustil*, w: System PrHandl, t. 5, 2006, rozdz. 3, Nb 67; *Z. Radwański*, w: System PrPryw, t. 2, 2008, § 31, Nb 102; *Rajski*, *Kocot*, *Zaradkiewicz*, Prawo kontraktów, s. 188.

nistracyjnoprawnym¹⁶. Procedury przetargowe i aukcyjne są mocno zróżnicowane, bogate w elementy charakterystyczne dla pozostałych trybów zawarcia umowy. Trudności w ich ujednoczeniu są spowodowane głównie niejednorodnością umów zawieranych w ten sposób. Tryb ten ukształtował się w ramach praktyki zawierania umów określonego rodzaju i dla każdej z nich utrzymuje swoiste reguły postępowania. Przeszkodą może być także to, że jego regulacją na szczeblu krajowym i międzynarodowym zajmują się niezależnie od siebie organy publiczne, organizacje międzynarodowe, a nawet indywidualne podmioty prawa (np. domy aukcyjne)¹⁷.

Jednak za najbardziej niejednolity i urozmaicony uznać trzeba negocjacyjny model zawarcia umowy. Niektórzy twierdzą nie bez racji, że jest to najbardziej niepewna i nieprzewidywalna sfera oddziaływania prawa umów¹⁸. Dzieje się tak m.in. dlatego, że rokowania zwykle stanowią sposób zawierania kontraktów nieszablonowych, o bardziej skomplikowanej treści, między przedsiębiorcami o sprzecznych interesach i niejasnych intencjach, co powoduje, że zasady decydujące o ich poprawnym przebiegu są, podobnie jak w przypadku przetargu, specyficzne dla porozumień określonego rodzaju. W drodze negocjacji przeprowadzane są zarówno przedsięwzięcia gospodarcze dużych rozmiarów o charakterze nietypowym i złożonym, jak też transakcje prostsze, ale o złożonym przedmiocie, dla których metoda zawierania kontraktów w drodze złożenia oferty i jej przyjęcia jest niewystarczająca. Do umów negocjowanych zalicza się zatem nie tylko fuzje spółek czy sprzedaż całych przedsiębiorstw, zawieranie umów *joint venture*, nabywanie kontrolnych pakietów udziałów w spółkach handlowych albo umowy o budowę kompletnych zakładów przemysłowych, lecz również sprzedaż maszyn i urządzeń o wysoko zaawansowanej technologii, dużej wartości, wykonywanych często na specjalne, jednostkowe zamówienie, zamówienie systemu informatycznego z oprzyrządowaniem, sprzedaż myśli technicznej i technologii produkcji, umowy licencyjne, sprzedaż *software*, itp.¹⁹. W procesie zawierania kontraktów tego typu często się zdarza, że w zachowaniu negocjatorów nie można doszukać się elementów charakterystycznych dla oferty bądź jej przyjęcia. Niektórzy nawet twierdzą, że wypowiedzi negocjatorów w ogóle nie mają charakteru oświadczeń woli²⁰. Dzieje się tak, ponieważ kontrahenci

¹⁶ Por. *Rajski, Kocot, Zaradkiewicz*, Prawo kontraktów, s. 188. Zob. także *R. Szostak*, Aukcja, s. 109.

¹⁷ Więcej, *W. J. Kocot*, Wpływ Internetu, s. 296 i n.

¹⁸ Tak *E. A. Farnsworth*, Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, *Columbia Law Review* 1987, t. 87 (marzec 1987), s. 259 i n.

¹⁹ Por. też *A. A. Machnicka*, Przedkontraktowe porozumienia, s. 131 i n.

²⁰ Por. *L. Zalewski*, Sposoby zawierania umów w handlu międzynarodowym, Warszawa–Poznań 1992, s. 13. Zob. też *S. Grzybowski* w: *System*, t. I, 1974, s. 548

mogą zgłaszać także niestanowcze propozycje, którym nie da się przypisać cech oferty, akceptacji czy nawet kontroferdy. Instytucja związania, charakterystyczna dla trybu ofertowego w ogóle tu nie występuje²¹. Ponadto, w procesie dochodzenia do konsensu przez negocjacje stanowcze propozycje mogą padać z różnych stron stołu negocjacyjnego, co mocno utrudnia określenie momentu złożenia ostatecznej, całościowej oferty oraz osoby składającego i jej adresata (w „modelu ofertowym” oznaczenie oferenta i oblata, jest warunkiem *sine qua non* skuteczności kontraktu). Kontrahenci, świadomi materialnej złożoności negocjowanej transakcji, z różnych powodów nie przedstawiają partnerom wiążącej propozycji o charakterze oferty. Często negocjatorzy celowo pozbawiają swoje propozycje stanowczego charakteru dla zachowania swobody zmiany stanowiska, bez konieczności uzyskania zgody pozostałych (przy składaniu oferty zasadą jest niedopuszczalność zmiany treści po jej złożeniu, a tym bardziej przyjęciu przez oblata). Negocjacje są procesem stopniowym, polegającym na mniej lub bardziej intensywnej wymianie dokumentów, pism, listów podpisywanych przez strony w wielu egzemplarzach, sporządzaniu projektów poszczególnych postanowień czy klauzul przyszłego kontraktu, przedstawianiu sobie do uzgodnienia i akceptacji dane i parametry techniczne, opracowania analityczne, informacje finansowe i ubezpieczeniowe, itd. Powodzenie negocjacji nierzadko zależy od zawarcia przez negocjujących partnerów tzw. kontraktów równoległych, czyli umów zawieranych z osobami trzecimi (np. umowy z bankami o udzielenie gwarancji kredytowych, uzyskanie odpowiednich zezwoleń i koncesji o charakterze decyzji administracyjnych). Należy pamiętać, że wszelkie dokumenty wystawiane przez banki (np. *international letter of credit*, *letter of comfort*) nie pełnią roli kontraktu i nie mogą go zastępować w obrocie. Ponieważ uzyskanie takiego dokumentu jest transakcją gospodarczą, niezależną od stosunku zobowiązaniowego łączącego kupującego i sprzedawcę, mającą jednak charakter akcesoryjny [tak art. 3(a) *ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (1993 Revision)*], jest rzeczą zrozumiałą, że negocjacje, dotyczące zawarcia kontraktu i uzyskania kredytu na jego sfinansowanie, będą toczyć się równolegle. Dopóki kredyt nie zostanie przez bank zagwarantowany, dopóty uczestnicy rokowań kontraktowych nie będą sobie składać dalszych wiążących propozycji. Od trybu ofertowego negocjacje różnią się również dużo większą kompleksowością dyskutowanej materii kontraktowej, zróżnicowaniem składanych propozycji oraz równym usytuowaniem kompetencyjnym kontrahentów. Strony

i n.; R. Longchamps de Berier, Uzasadnienie kodeksu zobowiązań, cz. 1, Warszawa 1934, s. 85.

²¹ Tak M. Jasiakiewicz, A. Klein, K. Oplustil, w: System PrHandl, t. 5, 2006, rozdz. 3, Nb 49.

negocjujące kontrakt mogą składać sobie jednocześnie oświadczenia woli o charakterze definitywnym, w zakresie zawieranych w toku negocjacji porozumień wstępnych, jak również o charakterze niestanowczym, wyrażające jedynie zamiar związania się w przyszłości umową. W odróżnieniu od trybu ofertowego, kompetencja do zawarcia kontraktu należy do wszystkich stron uczestniczących w negocjacjach, a nie tylko do jednej z nich. Wszyscy też wspólnie decydują o jego wejściu w życie.

Z tych właśnie względów, negocjacyjny tryb zawarcia umowy jest wdzięcznym przedmiotem badań, gdy chodzi o odpowiedzialność przedkontraktową. W ich trakcie kontrahenci, w celu zrównoważenia swych pozycji negocjacyjnych, niejednokrotnie zaciągają zobowiązania przedkontraktowe, np. w drodze zawierania wstępnych porozumień otwartych lub porozumień regulujących proces zawarcia umowy, co wpływa stymulująco na rozwój i różnicowanie się negocjacji. Jednocześnie w większym stopniu skłania ustawodawcę do udzielenia uczestnikom efektywnej ochrony w drodze wprowadzania specjalnych uregulowań odpowiedzialności przedkontraktowej. Dzięki możliwości dokonywania wstępnych uzgodnień, wyznaczających ramy prawne negocjacji, uzupełnionej odpowiednimi regulacjami ustawowymi, istotnie wzrasta przydatność i operatywność tego trybu zawarcia umowy dla praktyki kontraktowej, w szczególności w stosunkach między przedsiębiorcami. Zagrożenia ekonomiczne (szkody, niepowetowane nakłady) i społeczne (trwały spadek ogólnego poziomu zaufania i pewności w stosunkach kontraktowych) związane z aktywnym uczestnictwem w negocjacjach są bowiem jednym z wielu czynników, ujemnie wpływających na koniunkturę gospodarczą. Dobrowolność angażowania się w negocjacje, nieskrępowane prawo wyboru kontrahenta, prowadzenie ich na własny koszt i ryzyko stają się pierwotnym źródłem stanu prawnej i ekonomicznej niepewności, co do tego, czy negocjacje się utrzymają, a proces zawierania umowy zakończy się powodzeniem²². Nieograniczona swoboda negocjowania może stać się również przyczyną nadużywania uprawnienia do wycofania się z rokowań w każdym czasie. Jeśli, np., jeden z uczestników negocjacji nieustannie wyraża stanowczy zamiar zawarcia umowy, po czym podejmuje zaskakującą decyzję o wycofaniu się z dalszych negocjacji bez usprawiedliwienia, to drugiej stronie bez wątpienia należy się ochrona prawna, zwłaszcza jeżeli, działając w zaufaniu do tych obietnic i licząc na zawarcie umowy, poniosła uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy²³. Podobnie ocenić należy

²² Por. *E. Melato, F. Parisi*, A Law and Economics Perspective on Precontractual Liability, w: *The Precontractual Liability in European Private Law* (red. *J. Cartwright, M. Hesselink*), Cambridge 2008, s. 432 i n.

²³ Zob. *E. A. Farnsworth*, Precontractual Liability, s. 221; *N. Cohen*, Pre-Contractual Duties: Two Freedoms and the Contract to Negotiate, w: *Good Faith and Fault in Contract Law* (red. *J. Beatson, D. Friedman*), Oxford 1995, s. 27.

sytuacje, gdy w ramach zaawansowanych już rozmów jedna strona ujawnia osobom trzecim bądź wykorzystuje dla innych celów poufne informacje otrzymane od drugiej strony. Brak pewności co do owocnego zawarcia umowy, duże koszty ich prowadzenia bez realnej perspektywy choćby tylko częściowego ich odzyskania, czy też obawy o należyte bezpieczeństwo informacji ujawnianych w ich trakcie powoduje, że kontrahenci starają się zminimalizować swój udział oraz nakłady na negocjacje, rezygnując np. z żądania dania zabezpieczenia, czy z kosztownego doradztwa prawników oraz ekspertów. Takie zachowawcze postępowanie przekłada się często na nieumiejętną organizację i niewprawne prowadzenie rozmów oraz niską jakość tekstu zawieranej umowy. Unikanie pełnego, organizacyjnego wdania się w rokowania oraz duża wstrzeźliwość finansowa są najczęstszymi przyczynami niepowodzenia rozmów lub źle zredagowanej umowy, co z kolei mocno hamuje rozwój obrotu handlowego.

Powodzenie zawarcia umowy w drodze negocjacji jest w wysokim stopniu zależne od trwałości relacji opartej na zaufaniu. Ich uczestnicy, w zakresie większym niż w trakcie zawierania umowy w innym trybie, narażeni są na skutki nieuczciwych, nielojalnych praktyk kontraktowych. Negocjacje stają się zdarzeniem prawnym już z chwilą ich rozpoczęcia, ponieważ od samego początku uzasadnione i lojalne oczekiwanie co do pomyślnego zawarcia umowy zasługuje na pełną ochronę, bez względu na wynik końcowy (pozytywny albo negatywny). Dlatego nie tylko kontrahenci powinni się kontraktowo zabezpieczać przed zagrożeniami związanymi z udziałem w negocjacjach, zawierając odpowiednie porozumienia przedkontraktowe, lecz także na samym ustawodawcy spoczywa konstytucyjny obowiązek wspierania swobody działalności gospodarczej (art. 20, 22 Konstytucji RP), m.in. w drodze stworzenia w ramach prawa prywatnego efektywnego systemu prawnych instrumentów ochrony zaufania w okresie przedkontraktowym, w szczególności w trakcie negocjacji.

Nie istnieje w praktyce kontraktowej jednolity i powszechnie akceptowany model przebiegu negocjacji. Mogą prowadzić zarówno do zawarcia ostatecznej umowy, jak i przygotowania projektu umowy i podjęcia decyzji o jej zawarciu dopiero później, po ustaleniu jej treści. Przy ustalaniu rodzaju negocjacji istotna jest wola stron i wiedza każdej z nich o tym, jaki jest ich wspólny zamiar i cel umowy. Jeżeli zostanie wykazane, że druga strona negocjacji została poinformowana przed ich rozpoczęciem, iż zamiarem kontrahenta jest wynegocjowanie warunków umowy i dopiero po zakończeniu negocjacji podjęcie decyzji o jej zawarciu, to trudno potem byłoby mu zarzucić, że negocjował z naruszeniem dobrych obyczajów lub, że nie miał zamiaru zawarcia umowy²⁴. W piśmiennictwie odnależć można różne opisy wzorcowego przebiegu negocjacji. Przedstawiane

²⁴ Por. wyr. SA w Warszawie z 13.11.2008 r., I ACa 669/08, Legalis.

modele procedur negocjacyjnych mają charakter idealny i w bogatej praktyce kontraktowej są rzadko spotykane²⁵. Jednak stanowią dobry punkt wyjścia dla rozważań prawnoporównawczych na temat zawierania kontraktów w drodze rokowań oraz charakteru prawnego odpowiedzialności przedkontraktowej.

W początkowej fazie negocjacji partnerzy często wymieniają informacje na swój temat, zapoznają się z sytuacją prawną i ekonomiczną przyszłego kontrahenta, posiadaną zdolnością kredytową, zasięg operacji i aktywności na rynku. W tej części negocjacji uczestniczą przedstawiciele stron: członkowie zarządów, dyrektorzy przedsiębiorstw czy spółek, przedstawiciele rad nadzorczych, doradcy ekonomiczni i finansowi układających się stron. Dokumenty przez nich sporządzone nie mają charakteru ofert ani ich akceptacji, ponieważ są zbyt ogólnie sformułowane i mało precyzyjne. Większość negocjacji toczy się bez udziału prawników. Uczestnicy negocjacji niejednokrotnie przeprowadzają konsultacje z doradcami prawnymi przed sformułowaniem ostatecznej wersji porozumienia. Stąd też tezy nie mogą być traktowane, jako rodzaj prawnie wiążących uzgodnień. Na tym wstępnym etapie zazwyczaj określone zostają cele i wyrażane są intencje poszczególnych uczestników rokowań. Faza ta pełni rolę konsultacji o niezobowiązującym charakterze. Na podstawie zebranych informacji formułowane są tzw. tezy kontraktowe obejmujące, ogólnie ujętą i podzieloną na grupy, problematykę, dotyczącą m.in. treści, formy i charakteru prawnego zawieranej umowy. Dyskutowane są również szeroko zagadnienia finansowe wiążące się z planowanym przedsięwzięciem. To najczęściej wtedy zapadają decyzje, co do potrzeby i zakresu uzgodnienia we wzajemnych stosunkach stosownych porozumień przedkontraktowych, których celem jest organizacja i zabezpieczenie procesu zawierania umowy. Wtedy też ostatecznie kształtuje się relacja oparta na zaufaniu do zawarcia umowy, a strony negocjacji zaczynają żywić nadzieję co do pomyślnego ich zakończenia. Na każdą z poszczególnych rund negocjacyjnych muszą być dostarczone, zamówione wcześniej dokumenty, z odpowiednimi informacjami, zestawieniami danych, analizami technicznymi czy finansowymi, niekiedy opracowanymi przez wyspecjalizowane firmy konsultacyjne. Do tego dochodzi konieczność wynajęcia sal, zarezerwowania miejsc w hotelach, zatrudnienia profesjonalnych negocjatorów oraz prawników i zapewnienia im właściwych warunków do

²⁵ Zob. np. *E. A. Farnsworth*, *Precontractual Liability*, s. 218–220; *A. A. Machnicka*, *Przedkontraktowe porozumienia*, s. 19 i n.; *H. P. de Vries*, *International Precontractual Obligations*, *International Contracts*, Parker School of Foreign and Comparative Law – Columbia University (red. *H. Smit*, *N. M. Galston*, *S. L. Levitsky*), New York 1981, s. 53–54; *R. Schlesinger*, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, New York 1968, s. 1585–1586; *L. Zalewski*, *Sposoby zawierania*, s. 12–15.

pracy i odpoczynku. Często więc zdarza się, że strony negocjantom nad właściwą umową towarzyszą równoległe ustalenia co do podziału kosztów negocjacji (organizacją i przebiegiem samych rokowań zajmują się zwykle specjaliści z zakresu logistyki i marketingu, wynajęci przez negocjatorów), zanim będzie możliwe przejście do uzgadniania treści właściwego kontraktu.

Po zredagowaniu też kontraktowych następuje drugi, zasadniczy etap negocjacji, podczas którego powstaje projekt ostatecznego kontraktu. W tej części rokowań aktywny udział biorą prawnicy, reprezentujący strony. Opracowują oni treść poszczególnych postanowień umownych na podstawie przedstawionych im też, pełniących rolę instrukcji wyznaczającej margines swobody negocjowania i kompromisu. Ostateczny tekst projektu umowy zaaprobowany przez prawników, mimo że jest już dokumentem określającym pełną treść przyszłego kontraktu, nie może być uważany za ofertę, ponieważ prawnicy nie są umocowani do składania ofert, ani do ich przyjmowania. Tak przygotowany tekst po zatwierdzeniu przez upoważnione do tego osoby zostaje podpisany w sposób mniej lub bardziej uroczysty i od tego momentu zaczyna wywoływać skutki prawne (chyba że strony zastrzegą warunek bądź termin wejścia umowy w życie).

Należy zauważyć, że w przypadku dużych, wielostronnych przedsięwzięć gospodarczych z elementem międzynarodowym oraz skomplikowanych kontraktów nie można precyzyjnie określić granicy między obiema fazami negocjacji, ponieważ tekst każdego dokumentu, protokołu uzgodnień czy rozbieżności, przygotowany przez negocjatorów jest na bieżąco konsultowany z prawnikami w celu dopracowania i zaopiniowania. Tak więc oba etapy rokowań odbywają się równoległe, a każdy przygotowany projekt dotyczy z reguły tak wąskiego zakresu zagadnień kontraktowych, że nie jest możliwe uznanie go za wiążący. Ostateczny tekst podpisywany przez strony (ang. *closing*) powstaje w drodze wielokrotnej wymiany projektów tego rodzaju, stanowiąc wyraz stanowczej woli zawarcia kontraktu. Zawarcie kontraktu może również nastąpić przez jednoczesne przystąpienie przez wszystkie strony rokowań do wykonania porozumienia (brak formalnego *closing*). W żadnej z wymienionych wyżej sytuacji nie jest możliwe wskazanie momentu, w którym dochodzi do złożenia oferty i jej przyjęcia. Ostateczny tekst umowy, podpisywany przez strony pełni podwójną funkcję: oferty i akceptacji, natomiast przystąpienie do wykonania kontraktu jednocześnie przez kontrahentów nie może być w ogóle w tych kategoriach rozpatrywane. Zdarzają się jednak sytuacje, w których negocjacje prowadzą do złożenia oferty przez jedną, i jej przyjęcia przez drugą stronę. Kontrakty, w tym także umowy sprzedaży towarów, dochodzą do skutku także z całkowitym pominięciem procedury ofertowej. We współczesnej praktyce kontraktowej negocjatorzy niekiedy ustalają na po-

czątku jedynie ogólne zasady kontraktu (np. w drodze tzw. porozumienia otwartego) i od razu przystępują do jego wykonania, pozostawiając określenie oznaczonych postanowień na czas późniejszy. Czasem zdarza się, że strony wykonują wzajemne zobowiązania bez ustalenia ostatecznej treści kontraktu²⁶.

W krajowym i międzynarodowym obrocie handlowym rokowania przybierają różne formy: *inter praesentes*, między obecnymi (wspólne konferencje, spotkania „przy okrągłym stole”), *inter absentes*, za pomocą środków bezpośredniego komunikowania się (rzadziej przez telefon, telefax, pocztą), obecnie znacznie częściej w drodze elektronicznej w ramach komunikacji asynchronicznej²⁷ (*off-line*: poczta elektroniczna, sms, mms), jak i synchronicznej (*on-line*, na specjalnie przeznaczonych do tego stronie www, na forach społecznościowych typu *facebook*, *twitter*, czy nawet na portalach aukcyjnych) bądź równocześnie w obu tych formach. Coraz większym zainteresowaniem, jeśli chodzi o ich wykorzystanie dla potrzeb negocjujących kontrahentów, cieszą się systemy komunikacyjne oparte na oprogramowaniu komputerowym, pozwalającym na zautomatyzowane generowanie postanowień umownych. Oprogramowanie takie stosowane może być wszędzie tam, gdzie proces komunikowania się na odległość przebiega w czasie rzeczywistym lub zbliżonym do rzeczywistego, w którym jeden z kontrahentów (użytkownik strony www) posługuje się zautomatyzowanym programem adaptacyjnym, pozwalającym każdemu użytkownikowi sieci odwiedzającemu taką stronę internetową kształtować treść umowy (system interaktywny z opcją typu *free-text box*). Dzięki Internetowi, wymiana dokumentów i innych pism na nośnikach elektronicznych, listów akceptowanych bądź poświadczanych przez strony w wielu egzemplarzach, choćby przy użyciu podpisu elektronicznego, a także sporządzanie projektów poszczególnych postanowień czy klauzul przyszłego kontraktu stało się tańsze i szybsze. Posługiwanie się siecią istotnie zmniejsza koszty transakcyjne, nie wymaga ponoszenia wydatków na podróż i zakwaterowanie oraz odrębnego doręczania pisemnych potwierdzeń i zapewnień o akceptacji wyników rozmów. Strony porozumiewają się i wymieniają informacje na odległość. Mniejsze koszty oznaczają zaś z reguły większe zainteresowanie kontrahentów podjęciem na serio rzeczowych rozmów. Ponieważ negocjacje często trwają dłuższy czas i są podzielone na etapy, rzeczą istotną jest przygotowanie, odpowiadającego potrzebom stron, planu negocjacyjnego, porządkującego ich przebieg, określającego daty i miejsca spotkań, problematykę, która ma być dysku-

²⁶ Por. P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contracts*, Oxford 1995, s. 67. Przy zawieraniu kontraktów sprzedaży dzieje się tak bardzo rzadko.

²⁷ Por. J. Janowski, *Kontrakty elektroniczne w obrocie prawnym*, Warszawa 2008, s. 33.

towana. Korzystanie z systemów teleinformatycznych znacznie usprawnia i przyspiesza wspólną prezentację wzajemnych uzgodnień oraz skraca do niezbędnego minimum czas przeznaczony na akceptację danych i parametrów technicznych, opracowań analitycznych, ujawnianych informacji finansowych, ubezpieczeniowych itd. W odróżnieniu od sporządzonych na papierze, „przeznaczone jedynie do wglądu” dokumenty elektroniczne są lepiej zabezpieczone przed kopiowaniem i nieuprawnionym udostępnianiem osobom trzecim, co znacznie podnosi poziom zaufania między stronami, sprzyjając pewności i bezpieczeństwu nawiązywanych relacji gospodarczych. W profesjonalnym obrocie kontraktowym tradycyjnie wykorzystywane środki porozumiewania, uzupełniane są nowoczesnymi technikami informatycznymi. Rzadko dzieje się tak, że kontrakt o złożonej, kompleksowej treści negocjowany jest wyłącznie w sieci. Z reguły Internet służy przedsiębiorcom do wykonywania wybranych czynności negocjacyjnych, jak np. wymiana dokumentów, pism, listów powielanych przez strony w wielu egzemplarzach, sporządzanie projektów poszczególnych klauzul przyszłego kontraktu oraz ich udostępnianie na nośnikach elektronicznych, przesyłanie do uzgodnienia i akceptacji danych i parametrów technicznych, opracowań analitycznych, informacji finansowych, ubezpieczeniowych, itp. Pomocna w tym względzie może się okazać telefonia typu VoIP, IRC, czy też komunikacja multimedialna typu Skype (przekaz obrazu i dźwięku za pośrednictwem Internetu)²⁸.

Kontrakt można uznać za zawarty najwcześniej w chwili, gdy strony uczestniczące w negocjacjach dojdą do porozumienia, co do treści wszystkich albo wszystkich istotnych jego postanowień. Zwraça się uwagę na różnice w rozwiązaniach prawnych, przyjętych w systemach romańsko-germańskich i *common law*, dotyczących znaczenia pojęcia „prawnie wiążącego kontraktu”. Prawo cywilne wymaga jedynie, aby między stronami doszło do porozumienia. Umowa sprzedaży staje się skuteczna *solo consensu*, na podstawie złożenia zgodnych oświadczeń woli. W systemach prawnych *common law* uznaje się natomiast kontrakt za skuteczny tylko wtedy, gdy jedna strona złoży stanowcze i konkretnej treści przyrzeczenie tzw. *promise*²⁹, zaś druga albo przedstawi równie stanowczą i konkretną odpowiedź tzw. *counter promise*, albo zapewni tzw. *consideration*, które w praktyce oznacza wykonanie polecenia zawartego w przyrzeczeniu³⁰.

²⁸ Zob. więcej *W. J. Kocot*, Wpływ Internetu, s. 25 i n.

²⁹ O pojęciu „promise” zob. więcej, *M. Hogg*, Promises and Contract Law, Cambridge 2011, s. 4 i n.

³⁰ Por. sprawa *Gibson v. Manchester City Council* (1979), Weekly Law Reports, t. 1, s. 294, w której propozycja złożona przez pozwanego, zaczynająca się od słów: „(...) Korporacja może być przygotowana do sprzedaży Panu nieruchomości za cenę (...)”, nie została uznana przez sąd za skuteczne przyrzeczenie o wiążącym charakterze. Zob. także *E. A. Farnsworth*, United States Contract Law 1991, s. 69 i n.