

Aleksander Grebieniow\*

## Umowa przedwstępna umową przyrzeczoną? Bezpośredni (najsilniejszy) skutek umowy przedwstępnej w prawie szwajcarskim

### 1. WSTĘP

*Law in action* – prawo w działaniu – może stanowić pole do owocnych spotkań praktyki prawniczej z nauką prawa. Dotyczy to między innymi prawa w ujęciu komparatystycznym: wiedza o doświadczeniu prawnym innych narodów może stanowić nie tylko urozmaicenie akademickiego *curriculum*, ale również czynnik inspirujący praktykę krajową.

Niniejsze opracowanie prezentuje aktualne orzecznictwo szwajcarskiego Trybunału Federalnego (*Bundesgericht, Tribunal Federal*)<sup>1</sup> oraz piśmiennictwo prawnicze w przedmiocie skutków prawnych umowy przedwstępnej, skodyfikowanej w art. 22 szwajcarskiego Prawa zobowiązań (*Obligationenrecht, Code des Obligations*, dalej: OR)<sup>2</sup>, tj. kwestii realizacji roszczeń o zawarcie umowy przyrzeczonej.

Przedstawione zagadnienie sprowadza się do pytania o racjonalność rozwiązań, które dopuszczają dochodzenie roszczeń z umowy przyrzeczonej bezpośrednio w oparciu o postanowienia umowy przedwstępnej (tzw. *Einstufentheorie*). Obce doświadczenie prawne pokazuje, że nie jest to postulat całkowicie bezzasadny.

Wpierw wyjaśnię pojęcie umowy przedwstępnej w prawie prywatnym szwajcarskim (pkt 2a), a następnie omówię dotychczasową krytykę tej instytucji, cofając się do XIX w. (pkt 2b) oraz zarysuję granicę rozważań o skutkach prawnych umowy przedwstępnej, którą stanowi problematyka wykładni (pkt 2c). W dalszej części zaprezentuję kształt roszczeń wynikających z faktu zawarcia umowy przedwstępnej w prawie szwajcarskim (pkt 3a) wraz z porównawczym szkicem tej problematyki w prawie polskim (pkt 3b). We wnioskach (pkt 4) podsumuję niniejsze rozważania.

\* Autor jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, członkiem Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego.

<sup>1</sup> Przywołane w niniejszym opracowaniu orzecznictwo cytowane jest z użyciem skrótów „BGE” oraz „BGer”. Oba oznaczają *Bundesgerichtsentscheid*, czyli orzeczenia Trybunału Federalnego i przypisane są odpowiednio orzeczeniom publikowanym (BGE) oraz niepublikowanym (BGer). Skrót „E.” oznacza odpowiednie punkty prawnego uzasadnienia orzeczeń.

<sup>2</sup> *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911* (Amtliche Sammlung 27 317) – ustawa związkowa dotycząca uzupełnienia Szwajcarskiego Kodeksu Cywilnego (Część Piąta: Prawo zobowiązań) z 30.03.1911 r. (Zbiór Urzędowy 27 317).

## 2. UMOWA PRZEDWSTĘPNA – CZY JEST W OGÓLE POTRZEBNA?

### a) Pojęcie i zarys problemu

Regulacja dotycząca umowy przedwstępnej ujęta została zwięźle w art. 22 OR:

„(1) Poprzez umowę można zobowiązać się do zawarcia umowy przyszłej.

(2) Jeżeli ustawa zastrzega dla ochrony zawierającego umowę formę, której dochowanie warunkuje ważność umowy przyszłej, wymóg ten dotyczy również umowy przedwstępnej” [tłum. własne autora]<sup>3</sup>.

Umowa przedwstępna jest w prawie szwajcarskim, podobnie jak w prawie polskim, umową zobowiązaniową – *pactum de contrahendo*<sup>4</sup> – przez którą jedna strona albo więcej stron zobowiązuje się zawrzeć w przyszłości inną umowę zobowiązaniową – umowę przyszłą (*der künftige Vertrag, une convention future*), zwaną w doktrynie powszechnie umową główną (*Hauptvertrag, le contrat principal*)<sup>5</sup>. Instytucja ta ma niejednorodny charakter<sup>6</sup>. Umowa główna zawierana jest co do zasady pomiędzy tymi samymi stronami, które zawarły wcześniej umowę przedwstępną. Cechą tej kategorii umów jest tożsamość podmiotów umowy przedwstępnej i umowy definitywnej (*Parteiidentität*). Podobnie znana i akceptowana powszechnie jest umowa przedwstępna, której przedmiotem jest zobowiązanie do zawarcia umowy głównej z osobą trzecią (*pactum de contrahendo cum tertio*), np. umowa zobowiązująca do zawarcia umowy poręczenia długu osoby trzeciej<sup>7</sup>. Jej cechą jest różna od umowy głównej konfiguracja podmiotowa (*Parteidifferenz*). Umowy przedwstępne mogą być jednostronnie albo dwustronnie zobowiązujące<sup>8</sup>.

Z typową konfiguracją podmiotową (identyczność stron umowy przedwstępnej i umowy głównej) łączy się kwestia – którą będę chciał w tym miejscu przybliżyć – celowości zawierania umów przedwstępnych, która to celowość skutecznie podważana jest przez część szwajcarskiej doktryny i orzecznictwa.

Stanowisko takie ujmowane jest w doktrynie jako tzw. *Einstufentheorie*. Jej sednem jest wywodzenie roszczeń o wykonanie umowy przyrzeczonej wprost z umowy przedwstępnej, co odbywa się niejako na „jednym poziomie” czy „jednym posunięciem”. Konkurencyjna koncepcja, tzw. *Zweistufentheorie*, akceptuje instytucję umowy przedwstępnej w jej tradycyjnym kształcie i funkcji, tj. wywodząc z niej roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej (pierwsze posunięcie), aby dopiero na gruncie tej drugiej możliwe stało się dochodzenie roszczeń o wykonanie (drugie posunięcie).

<sup>3</sup> Art. 22 OR: „(1) Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden. (2) Wo das Gesetz zum Schutze der Vertragsschliessenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrages eine Form vorschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag”.

<sup>4</sup> C. Zellweger-Gutknecht [w:] H. Honsell [et al.] (red.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR*, Basel 2015, Art. 22, Nb 1 (dalej: BSK-OR I).

<sup>5</sup> Por. P. Gauch, J. Schluep, J. Schmid, S. Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Zürich 2008, Nb 1076.

<sup>6</sup> E. Bucher, *Die verschiedene Bedeutungsstufen des Vorvertrages* [w:] E. Bucher, P. Saladin (red.), *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern–Stuttgart 1979, s. 169: „[...] die Erscheinung des Vorvertrages [ist] nicht ein einheitliches Phänomen [...]”.

<sup>7</sup> Por. art. 493 ust. 6 OR. Por. również wyroki Trybunału Federalnego: BGE 58 II 359 z 30.09.1925 r., E. 2; BGE 63 II 415 z 15.10.1963 r., E. 1b; BGE 98 II 305 z 3.10.1972 r., E. 1.

<sup>8</sup> Por. C. Zellweger-Gutknecht, BSK-OR I, Art. 22, Nb 7–12.

## b) Krytyka instytucji

Historia zastrzeżeń co do celowości instytucji umowy przedwstępnej w ogóle sięga głęboko w przeszłość. Formułowali je już pod koniec średniowiecza postglosatorzy, następnie zaś przedstawiciele humanizmu prawniczego, tacy jak Zasius i prawnicy *usus modernus pandectarum* – Samuel Stryk, Johann August Christian von Hellfeld czy Ludwig Julius Friedrich Höpfner<sup>9</sup>. Sceptyczny wobec umowy przedwstępnej był także Friedrich Carl von Savigny. Pisał on m.in.:

„Często pojawiają się wątpliwości wobec umowy zorientowanej na zawarcie innej umowy (*pactum de contrahendo*). Tak nazywamy często nic innego, jak niegotową, będącą w przygotowaniu umowę [...]. W innych przypadkach jest to w pełni zawarta umowa o odroczonej w czasie wymagalności”<sup>10</sup> (tłum. własne autora).

W ujęciu założyciela szkoły historycznej umowa o treści: „zobowiązuję się sprzedać ci za 6 miesięcy”, powinna być odczytana jako: „sprzedaję Ci dziś, a dostarczę za 6 miesięcy”.

Apogeum krytyki nastąpiło u progu XX w. w pracy Siegmunda Schlossmanna, *Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte*<sup>11</sup>. Siegmund Schlossmann postawił tezę, że umowa przedwstępna może nie mieć wcale samodzielnego charakteru, ponieważ predefiniuje jedynie postanowienia umowy głównej<sup>12</sup>.

W XIX-wiecznej pandektystyce zarysowała się zasadnicza oś sporu między krytykami a obrońcami instytucji umowy przedwstępnej, sformułowano także główne argumenty w sporze. Późniejsi uczestnicy tej dyskusji podążali ścieżkami wydeptanymi przez niemieckich uczonych: krytyka umowy przedwstępnej – S. Schlossmana<sup>13</sup>, i jej obrońcy – Heinricha Degenkolba<sup>14</sup>.

W nauce szwajcarskiej intensywnie zajmowano się przedstawioną kontrowersją, przy czym od samego początku istnienia nowoczesnej nauki prawa w tym kraju panuje ogólny sceptycyzm co do celowości sporządzania umów przedwstępnych<sup>15</sup>. Daje się wyróżnić zasadniczo dwie koncepcje: stanowisko zdecydowanie odrzucające tę instytucję i stanowisko bardziej ugodowe, biorące pod uwagę szczególne okoliczności przypadku. Zwolennik pierwszego poglądu, Roland von Büren,

<sup>9</sup> B. Wabnitz, *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung*, Diss. Münster 1962, s. 30–31, 35–38.

<sup>10</sup> F.C. von Savigny, *Obligationenrecht*, t. 2, Berlin 1853, s. 245: „Häufig haben sich Zweifel und Mißverständnisse gezeigt bei dem Vertrag der auf Abschluß eines anderen Vertrages gerichtet ist (*pactum de contrahendo*). Was man so nennt, ist oft nichts Anderes, als ein unfertiger, in der Vorbereitung begriffener Vertrag, [...]. In anderen Fällen ist es ein völlig abgeschlossener Vertrag mit bloß aufgeschobener Erfüllung”.

<sup>11</sup> Jherings Jahrbücher 1903/45, s. 1 i n.

<sup>12</sup> H. Schlossmann, *Über den Vorvertrag*, s. 5 i n., jak również E. Bucher, *Die verschiedene Bedeutungsstufen...*, s. 172. Schlossmann twierdzi przy tym, że wzajemne zobowiązanie do zawarcia umowy w przyszłości pozbawione jest sensu, jeśli można umowę definitywną zawrzeć od razu (s. 7–8), zwłaszcza że odstąpienie od takiej umowy wiąże się z dodatkowymi kosztami. W tym kontekście większe praktyczne znaczenie ma jednostronne przyrzeczenie kontrahenta zawarcia umowy w przyszłości, pozostawiające adresatowi przyrzeczenia możliwość zmiany zamiarów, które jednakowoż nie stanowi już umowy, a jedynie wiążącą ofertę jej zawarcia w przyszłości (s. 8). Taki model prezentuje prawo francuskie, por. niżej, pkt 3a niniejszego opracowania.

<sup>13</sup> Por. przyp. 8.

<sup>14</sup> H. Degenkolb, *Zur Lehre vom Vorvertrag*, „Archiv für civilistische Praxis“ 1887/21, s. 1–92.

<sup>15</sup> E. Bucher, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen...*, s. 175–176. Obszerne omówienie poglądów doktryny przedstawił E.A. Kramer, *Berner Kommentar*, t. VI/1/2/1a, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Das Obligationenrecht. Allgemeine Bestimmungen*, Bern 1991, Art. 22, Nb 81–86 (dalej: BK).

traktował umowę przedwstępną jako „pojęcie pozbawione treści”<sup>16</sup>. Podobnie wypowiadali się Walther Burckhardt, Theo Guhl, Hans Merz<sup>17</sup> czy Alfred Koller<sup>18</sup>. Stojący na bardziej liberalnej pozycji Andreas von Tuhr dopuszczał wyjątki odnośnie do zobowiązania do nabycia nieruchomości, której okoliczności nie pozwalają jeszcze definitywnie oznaczyć, oraz w stosunku do zobowiązania do wystawienia weksla<sup>19</sup>. Wreszcie wykształcił się i ugruntował pogląd o bezpośredniej skuteczności umowy przedwstępnej, godzący fakt istnienia instytucji w prawie obowiązującym z relatywizacją jej funkcji poprzez przyznanie bezpośredniego skutku wynikającym z niej roszczeniom<sup>20</sup>. Jak bowiem zauważył inny szwajcarski jurysta, Max Kummer, przy wystarczająco pełnym określeniu przedmiotu świadczenia z umowy przyrzeczonej – można by skarżyć bezpośrednio o jej wykonanie, niejako „na skróty”<sup>21</sup>.

### c) Zagadnienie wykładni

Zarysowane wyżej stanowiska krytyczne skupiają się, wobec ustawowego zakotwiczenia instytucji w art. 22 OR, jedynie na wycinku omawianej instytucji, tzn. na dwustronnie zobowiązujących umowach przedwstępnych, charakteryzujących się identycznością podmiotową i przedmiotową względem umowy głównej. Zarzut odnośnie do tego rodzaju umów jest formułowany następująco: skoro umowa przedwstępna zostaje zawarta między tymi samymi podmiotami (tożsamość podmiotowa) i na tych samych warunkach (tożsamość przedmiotowa), co zamierzona umowa główna, jaki jest cel zawierania tej pierwszej?

U podstaw takiego zapatrywania leży prawny wymóg, aby subiektywnie i obiektywnie istotne postanowienia umowy głównej były określone lub aby dawały się określić na podstawie postanowień umowy przedwstępnej. Dla zachowania swej ważności umowa przedwstępna powinna czynić zadość wymaganiom treściowym, jakie strony formułują w odniesieniu do umowy głównej – musi ona zawierać jej postanowienia istotne w sposób wyraźny albo dorozumiany. W ten sposób, w świetle brzmienia przepisu ustawy, umowa główna stanowi nie tylko cel zawarcia umowy przedwstępnej, ale wyznacznik jej formy i treści (por. art. 22 ust. 2 OR)<sup>22</sup>. W tym świetle – „skoro przedmiot świadczenia został już oznaczony albo daje się oznaczyć, umowa główna nie jest już więcej umową; jeżeli nie jest jeszcze oznaczony, umowa przedwstępna nie jest jeszcze umową”<sup>23</sup> [tłum. własne autora].

<sup>16</sup> R. von Büren, *Schweizerische Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Zürich 1964, s. 213.

<sup>17</sup> T. Guhl, J.N. Druet, A. Koller, A.K. Schnyder, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 2000, s. 107–109.

<sup>18</sup> A. Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Zürich 2014, § 22 Nb 22 i n.

<sup>19</sup> A. von Tuhr, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, t. 1, Tübingen 1924, s. 236.

<sup>20</sup> T. Guhl, J.N. Druet, A. Koller, A.K. Schnyder, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 2000, s. 108.

<sup>21</sup> M. Kummer, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, „Zeitschrift für Schweizerisches Recht“ (ZSR) 1954/73, s. 163–205, w szczególności s. 173.

<sup>22</sup> C. Zellweger-Gutknecht, BSK-OR I, Art. 22, Nb 1, 67 i n.

<sup>23</sup> T. Guhl, H. Merz, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 1972, s. 113: „Ist der Leistungsgegenstand bereits bestimmt oder bestimmbar, so ist der Hauptvertrag kein Vertrag mehr, ist er noch unbestimmt, so ist der Vorvertrag noch kein Vertrag“. Por. W. Burckhardt, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Zürich 1939, s. 61. Mimo że zacytowany fragment zawiera propozycje dwóch odmiennych interpretacji, to dochodzimy nimi do tej samej konkluzji – bezcelowości umowy przedwstępnej. Por. H. Merz, *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg 1992, Nb 301; A. von Tuhr, H. Peter, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, t. 1, Zürich 1984, s. 274; C. Zellweger-Gutknecht, BSK-OR I, Art. 22, Nb 15.

Również niemiecki uczyony Karl Larenz pisze, że już umowa przedwstępna daje stronie(-om) prawo domagania się zawarcia umowy głównej i pośrednio również żądania spełnienia świadczenia określonego zawczasu w umowie przedwstępnej<sup>24</sup>. Dalej uważa on, że oto w sytuacji, kiedy wszystkie *essentialia negotii* umowy przyrzeczonej zostały zawarte w umowie przedwstępnej, traci ona rację bytu – jej strony mogą bowiem równie dobrze zawrzeć od razu umowę główną<sup>25</sup>.

W konkretnym przypadku problem tego rodzaju – kiedy nie wiadomo, czy zawarto umowę przedwstępną, czy umowę główną – daje się rozwiązać za pomocą reguł wykładni<sup>26</sup>. To one decydują przede wszystkim o kwalifikacji umowy jako przedwstępnej. Okazuje się wtedy, że strony wcale nie chciały zawrzeć umowy głównej, a jedynie zobowiązać się do zawarcia jej w przyszłości, w myśl określonych zawczasu postanowień umownych<sup>27</sup>. Wątpliwości tego rodzaju dotyczą w szczególności rozważanego przypadku, kiedy strony zawarły w umowie przedwstępnej nie tylko postanowienia przedmiotowo istotne dla niej samej, ale również *essentialia negotii* umowy przyrzeczonej<sup>28</sup>. Choć niezawarcie wszystkich elementów umowy przyrzeczonej w umowie przedwstępnej nie powoduje jej nieważności, to jednak w zgodnej opinii szwajcarskiej doktryny i orzecznictwa istnieje prawny obowiązek takiego sformułowania postanowień umowy przedwstępnej, aby można z nich było wyinterpretować kształt umowy głównej. Obowiązek ten zwany jest *Bestimmtheitserfordernis*<sup>29</sup>. W przeciwnym razie problematyczne staje się ukształtowanie treści umowy w zgodzie z wolą obu stron, gdyby sąd miał rozstrzygać o naprawieniu szkody związanej z niewykonaniem umowy przedwstępnej czy wydać orzeczenie zastępujące oświadczenie woli strony uchylającej się od spełnienia przyrzeczonego świadczenia. *Bestimmtheitserfordernis* nie obejmuje wszakże subiektywnych *condiciones sine qua non*, jakie brały pod uwagę strony, decydując się na zawarcie umowy przedwstępnej.

Podobnie jak w prawie szwajcarskim, tak w prawie polskim o tym, czy mamy do czynienia z umową przedwstępną, czy definitywną, decydują ogólne reguły wykładni (art. 65 k.c.<sup>30</sup>). Jak piszą Adam Olejniczak i Zbigniew Radwański, w sprawach wątpliwych należy przyjąć dyrektywę interpretacyjną, zgodnie z którą strony dążą do bezpośredniego i definitywnego ukształtowania łączących je stosunków zobowiązaniowych<sup>31</sup>. Naturalny jest bowiem zamiar związania się węzłem prawnym, regulującym wzajemne stosunki bezpośrednio, bez oczekiwania na zawarcie w przyszłości innego zobowiązania<sup>32</sup>.

Wątpliwości interpretacyjne nie mogą prowadzić do sytuacji, w której imię pobudek utylitarystycznych zignorowana zostanie wyraźna wola stron

<sup>24</sup> K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts. 1. Bd. Allgemeiner Teil*, München–Berlin 1958, §6.III, s. 60.

<sup>25</sup> K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts...*, §6.III, s. 60–61.

<sup>26</sup> N. Herzog, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Diss. Zürich 1999, s. 35.

<sup>27</sup> Por. wyrok Trybunału Federalnego BGer 4C.409/2005 z 21.03.2006 r., E. 2.3.1.

<sup>28</sup> W odmiennym przypadku, w braku postanowień istotnych umowy przedwstępnej po prostu nie dochodzi do jej zawarcia. Por. J. Gwiazdomorski, *Umowa przedwstępna w kodeksie zobowiązań*, „Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne” 1935/30, s. 442.

<sup>29</sup> BGE 118 II 32 z 6.03.1992, E. 3b; A. Morin [w:] L. Thévenoz, F. Werro (red.), *Commentaire romand. Code des obligations I Art. 1–529*, Basel 2012, Art. 22, Nb 8 (dalej: CR CO I); P. Gauch, J. Schluep, J. Schmid, S. Emmenegger, *Schweizerisches OR AT*, Nb 1084.

<sup>30</sup> Ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.).

<sup>31</sup> A. Olejniczak, Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, Nb 372.

<sup>32</sup> M. Krajewski [w:] E. Łętowska (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 5, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 2006, §44, Nb 57 (dalej: SPP).

umowy, choćby prowadziła do skutków gospodarczo nieracjonalnych (*stat pro ratione voluntas*)<sup>33</sup>. Wolność zawierania umów pozwala na swobodne określenie zachowania stron. Racjonalność ich wyborów (w tym zawierania umowy przedwstępnej o treści identycznej z późniejszą umową główną), należy pozostawić samym stronom<sup>34</sup>. Z tego samego powodu wykluczony jest bezpośredni skutek umowy przedwstępnej w odniesieniu do umów zobowiązujących do zawarcia w przyszłości innej umowy, której jedną ze stron byłaby osoba trzecia (*pactum de contrahendo cum tertio*)<sup>35</sup>. Doprowadzenie do wykonania tak skonstruowanej umowy głównej naruszałoby autonomię woli osoby trzeciej, zwłaszcza że nie na niej ciąży zobowiązanie do zawarcia owej umowy przyrzeczonej.

Rola umowy przedwstępnej zyskuje na znaczeniu w odniesieniu do umów realnych, dla których elementem konstytutywnym jest fizyczne wydanie określonego przedmiotu umowy, a dzieje się tak w prawie rzymskim<sup>36</sup> i we współczesnym prawie austriackim. Brak elementu realnego czyni umowę nieważną, a co najmniej zmienia jej kwalifikację prawną (konwalidacja umowy). Nauka austriacka postrzega w ten sposób wadliwie zawartą umowę (zawartą *solo consensu*, ale w zamiarze zawarcia umowy realnej pożyczki, depozytu, użyczenia czy zastawu) jako umowę przedwstępną (por. § 957, 971, 1368 ABGB<sup>37</sup>)<sup>38</sup>, odrzuca jednakowoż koncepcję bezpośredniego skutku umowy przedwstępnej<sup>39</sup>. Rola umowy przedwstępnej przy umowach realnych jest natomiast sporna o tyle, że nie bardzo wiadomo jak należy interpretować kontrakty zobowiązujące do zawarcia umowy w przyszłości, ale powiązane z wydaniem określonej rzeczy<sup>40</sup>. Wydanie przedmiotu umowy przyrzeczonej już przy zawarciu albo w wykonaniu zawartej umowy przedwstępnej podważa jej sens jako umowy przygotowującej do określonej transakcji.

<sup>33</sup> C. Zellweger-Gutknecht, BSK-OR I, Art. 22, Nb 16–17; W. Stoffel, *La promesse de contracter en droit suisse* [w:] *Pouvoir exécutif et pouvoir législatif. La responsabilité pré- et postcontractuelle, Droit international public et privé. Recueil des travaux présentés aux deuxièmes journées juridiques yougoslavo-suisse de 1986*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, t. 5, Zurich 1986, s. 135–136; E. Bucher, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen...*, s. 178. Za B. Wabnitz, *Der Vorvertrag*, s. 53, można zacytować pogląd S. Coccejusa (*Ius controversum civile*, t. 2, lib. XIV q. XI nr 5): "Obligatio oriatur ex consensu partium ... Cum vero nostro casu propositum sit partibus in futurum contrahere, non possunt adhuc dici obligati esse, quia id quod ipsis propositum errat, nondum est perfectum". Za zawarciem umowy przedwstępnej mogą przemawiać różnorakie racje, np. zamiar odsunięcia w czasie obciążeń związanych z nabyciem własności rzeczy (czy to cywilnoprawnych, czy to publicznoprawnych). Por. H. Schlossmann, *Über den Vorvertrag*, s. 12.

<sup>34</sup> A. Gabellon, *Le précontrat – Développements et perspectives*, Zürich 2014, Nb 149; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, §7.I, s. 86. Por. P. Tercier, P. Pichonnaz, *Le droit des obligations*, Zurich 2012, Nb 549; E. Bucher, *Die verschiedene Bedeutungsstufen...*, s. 178. Por. H. Degenkolb, *Zur Lehre vom Vorvertrag*, s. 88: „[...] Freiheit der Wahl eines Umwegs [...]“.

<sup>35</sup> A. Gabellon, *Le précontrat...*, Nb 142.

<sup>36</sup> W prawie rzymskim szczególnie interesującą w świetle problematyki kwalifikacji prawnej umowy przedwstępnej może być przypadek tzw. kontraktów realno-werbalnych z okresu poklasycznego. Były to umowy stanowiące pomieszenie elementów konstytutywnych dla kontraktów realnych i ustnych. Polegały one na przyrzeczeniu zwrotu rzeczy po tym, jak zostanie ona stronie uprzednio wydana albo przyrzeczeniu wydania przedmiotu pożyczki (*datio mutui*), obiecaną w osobnym, wcześniejszym zobowiązaniu. Por. A. Pernice, *Parerga IV. Der sog. Realverbalcontract*, „Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Romanistische Abteilung“ 1892/13, s. 246 i n.; F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, Nb 871 i n.

<sup>37</sup> *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie vom 1. Junius 1811* (Justizgesetzsammlung Nr. 946/1811) – Powszechna ustawa cywilna dla wszystkich niemieckich Krajów Koronnych Monarchii Austriackiej z 1.06.1811 r. (Zbiór Ustaw nr 946/1811).

<sup>38</sup> H. Hausmaninger, W. Selb, *Römisches Privatrecht*, Wien–Köln–Weimar 1997, s. 287, 289, 292.

<sup>39</sup> C. Zellweger-Gutknecht, BSK-OR I, Art. 22, Nb 78.

<sup>40</sup> E. Bucher, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen...*, s. 173, przyp. 10.

### 3. ROSZCZENIA Z TYTUŁU ZAWARTEJ UMOWY PRZEDWSTĘPNEJ

#### a) Prawo szwajcarskie

Przedmiotem umowy przedwstępnej jest zobowiązanie do zawarcia w przyszłości umowy głównej<sup>41</sup>.

W razie niespełnienia świadczenia w umówionym terminie strona umowy może żądać albo zapłaty odszkodowania, albo zawarcia umowy poprzez złożenie określonego oświadczenia woli, albo wykonania umowy przyrzeczonej (por. BGE 111 II 156 z 4.06.1985 r., E. 4). Nie istnieje prawo kształtujące, za pomocą którego można by jednostronnie doprowadzić do zawarcia umowy głównej. Można jednak w drodze zasądzenia strony przeciwnej na *facere* wyegzekwować zawarcie umowy (por. BGE 114 II 289 z 30.09.1988 r.), uzyskując wyrok sądowy zastępujący orzeczenie woli pozwanego (por. BGE 97 II 48 z 19.03.1971 r., E. 4). Podstawą takiego orzeczenia jest art. 344 szwajcarskiej Ustawy o postępowaniu cywilnym (*Zivilprozessordnung*, ZPO)<sup>42</sup>.

Istotne znaczenie dla określenia rodzaju roszczenia przysługującego *in concreto* wierzycielowi jest ustalenie tego, jak dokładnie strony określiły w umowie przedwstępnej przedmiot umowy głównej<sup>43</sup>. Gdy *essentialia negotii* umowy głównej będą wystarczająco precyzyjnie oznaczone, wierzyciel będzie mógł domagać się nie tylko naprawienia szkody powstałej wskutek uchylenia się od zawarcia umowy, ale nawet dochodzić wprost jej zawarcia. Od stopnia dokładności postanowień umowy przedwstępnej zależą rozmiar interesu wierzyciela i przysługujące mu roszczenia.

Według istotnej części doktryny<sup>44</sup>, jak również stanowisk wyrażanych w najnowszym (jednolitym i konsekwentnym począwszy od 1977 r.) orzecznictwie<sup>45</sup>, żądanie zawarcia umowy głównej będzie zbędne, ponieważ umowa ta nie stanowi już umowy, do której zawarcia strony zobowiązały się w umowie przedwstępnej, a jedynie „prawnie nieznaczące potwierdzenie dotychczasowego porozumienia” (*eine rechtlich bedeutungslose Bestätigung des bereits Vereinharten*) – i jako takie posiada bardzo ograniczone zastosowanie<sup>46</sup>.

Pogląd ten, wyrażony swego czasu m.in. przez W. Burckhardta i H. Merza, a określane jako *Einstufentheorie*<sup>47</sup>, stoi w sprzeczności z faktem, iż umowa „przyrzeczona” nie jest jeszcze umową „wykonaną”, a konieczność jej wykonania tak wspomniani autorzy, jak i orzecznictwo wywodzą z woli stron umowy

<sup>41</sup> N. Herzog [w:] H. Honsell (red.), *Kurzkommentar zum Obligationenrecht*, Basel 2014, Art. 22, Nb 11 (dalej: KUKO).

<sup>42</sup> *Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008* (Amtliche Sammlung 2010 1739)/Szwajcarska Ustawa o postępowaniu cywilnym z 19.12.2008 r. (zbiór Urzędowy 2010 1739).

<sup>43</sup> E. Bucher, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen...*, s. 185.

<sup>44</sup> C. Huguenin, *Obligationenrecht. Allgemeiner und Besonderer Teil*, Zürich 2014, Nb 155.

<sup>45</sup> BGE 118 II 33 z 6.03.1992 r., E. 3a-b-c; BGer 4C\_246/2003 z 30.01.2004 r., E. 5.1, E. 6; BGer 4C\_399/2005 z 10.05.2006 r., E. 4.5; BGE 129 III 264 z 28.03.2003 r., E. 3.2.1; BGer 4C\_280/2006 z 16.11.2006 r., E. 3; BGer 4C\_170/2003 z 16.02.2004 r., E. 4.2; BGE 103 III 97 z 15.12.1977 r., E. 2, potwierdzony przez BGE 105 III 11 z 14.02.1979, E. 4; BGer 4A\_601/2009 z 8.02.2010 r., E. 3.2.4.1.

<sup>46</sup> H. Merz, *Vertrag und Vertragsschluss*, Freiburg 1992, Nb 301; W. Burckhardt, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, s. 61.

<sup>47</sup> Por. m.in. I. Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Bern 2012, Nb 26.09; A. Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, § 22 Nb 22 i n.; P. Gauch, J. Schluep, J. Schmid, S. Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Nb 1088; por. C. Zellweger-Gutknecht, BSK-OR I, Art. 22, Nb 19; A. Gabbellon, *Le précontrat...*, Nb 144.

przedwstępnej. Różnica między stanem zobowiązania do zawarcia umowy a wykonaniem przyrzeczonej umowy jest w ustawodawstwach europejskich powszechnie uznana (por. § 936 ABGB; art. 1351 włoskiego kodeksu cywilnego<sup>48</sup>; art. 1589 ust. 1 *Code civil*<sup>49</sup>). Warunkiem racjonalności takiego rozumowania jest przyjęcie, że umowa przedwstępna, która okazała się umową główną, zobowiązywała te same strony, co zamierzona umowa główna (por. BGE 118 II 33 z 6.03.1992 r., E. 3b).

Podstawowe znaczenie współcześnie dla *Einstufentheorie* posiada przywołany wyżej wyrok Trybunału Federalnego z 6.03.1992 r. (BGE 118 II 33), w którym orzekł on:

„Jeżeli umowa przedwstępna zawiera już wszystkie istotne elementy umowy głównej, dopuszczalne jest skarżenie o bezpośrednie wykonanie tej drugiej<sup>50</sup> (tłum. własne autora).

W rozpatrywanej sprawie sprzedający zobowiązał się zbyć dwa nieoznaczone wówczas bliżej miejsca parkingowe za umówioną cenę. Następnie uznał umowę przedwstępną za niebyłą i odmówił zawarcia umowy głównej, twierdząc, że niekompletność umowy przesądza o jej nieważności. Trybunał Federalny stanął na stanowisku, że sama możliwość dookreślenia przedmiotu umowy czyni ją ważną i wykonalną<sup>51</sup>. W swoich rozważaniach podkreślił, że umowa przedwstępna w praktyce często koresponduje treściowo z umową główną, a zawierana jest również między tymi samymi stronami. Nie różniąc się od umowy głównej, umowa przedwstępna daje zatem możliwość domagania się wprost wykonania tej pierwszej<sup>52</sup>.

Zapadłe orzeczenie wywarło skutki nie tylko w sferze materialnoprawnej, lecz również na niwie ekonomii procesowej. Wystarczy bowiem wnieść jeden pozew o świadczenie z umowy głównej (*Leistungsklage*, art. 84 ust. 1 ZPO)<sup>53</sup>. W opinii doktryny w pozwie należy sformułować zarówno żądanie zawarcia umowy głównej, jak i jej wykonania, zaś przyjęta w ramach *Einstufentheorie* fikcja jest powszechnie przyjęta<sup>54</sup>. Sąd może, gdy przedmiotem umowy głównej było przeniesienie własności nieruchomości, doprowadzić do jej przewłaszczenia (art. 665 ust. 1 szwajcarskiego Kodeksu Cywilnego – ZGB<sup>55</sup>)<sup>56</sup>. Nie wyklucza to jednak sytuacji, gdy strony zainteresowane są wykonaniem wpięrow umowy przedwstępnej, a dopiero następnie umowy głównej, co potwierdziło niedawne orzeczenie Trybunału Federalnego<sup>57</sup>. Przyjęcie *Einstufentheorie* nie wyłącza stosowania art. 18 ust. 1 OR, który głosi, że „przy ocenie formy i treści umowy należy podążać za rzeczywistą wolą stron,

<sup>48</sup> *Codice civile del 16 marzo 1942* (Gazzetta Ufficiale n. 79 del 4 aprile 1942) – Kodeks cywilny z 16.03.1942 r. (Dziennik Urzędowy nr 79 z 4.04.1942 r.).

<sup>49</sup> *Code civil des Français, décrété le 14 mars 1804* (Le Moniteur universel, 27.04.1804) – Kodeks cywilny Francuzów, zadekretowany 14.04.1804 r. (Monitor powszechny, 27.04.1804 r.).

<sup>50</sup> BGE 118 III 32 z 2.04.1992 r., E. 3c: „Wenn der Vorvertrag bereits alle wesentlichen Elemente des Hauptvertrages enthält, kann direkt auf Erfüllung geklagt werden“. Por. późniejsze orzeczenia BGE 122 III 321 z 21.08.1996 r., E. 3a; BGer 4A\_601/2009 z 8.02.2010 r., E. 3.2.4.1.

<sup>51</sup> BGE 118 II 32 z 2.04.1992 r., E. 3a-b, z przywołaniem orzeczenia BGE 98 II 305 z 3.10.1972 r., E. 1.

<sup>52</sup> BGE 118 II 32 z 2.04.1992 r., E. 3c.

<sup>53</sup> A. Gabellon, *Le précontrat...*, Nb 141.

<sup>54</sup> P. Gauch, J. Schluep, J. Schmid, S. Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Nb 1088–1089; N. Kuonen, *Les précontrats ou la renaissance de l'hydre de Lerne*, ZSR 2011/130, s. 303–304; V. Monn, *Die Verhandlungsabrede*, Zürich 2010, Nb 629; por. również wyrok niemieckiego Trybunału Federalnego (BGH) z 12.5.2006 r., V ZR 97/05.

<sup>55</sup> *Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907* (Amtliche Sammlung 24 233) – Szwajcarski Kodeks cywilny z 10.12.1907 r. (Zbiór Urzędowy 24 233).

<sup>56</sup> P. Tercier, P. Pichonnaz, *Le droit des obligations*, Nb 1148.

<sup>57</sup> BGer 5P\_19/2005 z 25.05.2005 r., E. 2.



nie zaś za niewłaściwym oznaczeniem czy wyrażeniem, które zostało użyte przez strony w wyniku błędu albo w celu ukrycia właściwej natury umowy”<sup>58</sup> (tłum. własne autora).

Taki sposób interpretacji istotnej części umów przedwstępnych pozostał niezmienny od późnych lat 70. XX wieku, choć znane są orzeczenia, które już wcześniej prezentowały tę samą argumentację<sup>59</sup>. W dekadę młodszym wyroku z 28.03.2003 r. zakwalifikowano umowę przedwstępną do zawarcia umowy kupna nieruchomości jako umowę zawartą pod warunkiem (*vente immobilière conditionnelle*, por. art. 217 ust. 1 OR). W efekcie wobec nieziszczenia się warunku, spełnione już świadczenia podlegają zwrotowi na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu (BGE 129 III 264 z 28.03.2003 r., E. 3.2.1). Wspomniane stanowisko Trybunału Federalnego zostało niedawno potwierdzone przez niego w orzeczeniu z 2.12.2013 r., w którym zwrócił on ponownie uwagę na możliwość wysunięcia roszczenia o wykonanie umowy głównej, jeśli tylko umowa przedwstępna zawierała wcześniej wszystkie istotne elementy kontraktu definitywnego<sup>60</sup>.

Utylitarystyczna argumentacja, przyjęta przez Trybunał Federalny, zbudowana jest na fakcie zaistnienia luki w prawie. Znaną cechą prawa szwajcarskiego jest bowiem względnie duża ogólnikowość norm ustaw cywilnych, pozwalająca sędziemu na uzupełnianie ich treści w oparciu o zasady słuszności, proporcjonalności i rozsądku<sup>61</sup>. Powszechnie przyjętym założeniem jest niekompletność systemu prawnego; w obliczu zaistnienia luki, jak również braku odpowiedniej normy prawa zwyczajowego, sędzia może, na podstawie art. 1 ust. 2 ZGB, wydać wyrok wypełniający tę lukę w taki sposób, jakby sam był ustawodawcą (tzw. *droit prétorien*)<sup>62</sup>. Wytyczne skierowane do sędziego obejmują m.in. utrwalone poglądy doktryny i tradycję prawną. Wyrok BGE 118 II 33 z 6.03.1992 r. ustanawia w świetle art. 1 ust. 2 ZGB normę generalną i abstrakcyjną, obowiązującą tak jak przepis ustawy: jeśli umowa przedwstępna zawiera wszystkie elementy istotne umowy głównej i obie strony umowy przedwstępnej będą również stronami umowy głównej, umowa przedwstępna staje się umową główną i można wprost skarżyć o jej wykonanie.

<sup>58</sup> Art. 18 ust. 1 OR: „Bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt ist der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen“.

<sup>59</sup> BGE 47 II 494 z 15.11.1921 r., E. 2; BGE 103 III 97 z 15.12.1977 r., E. 2. Interesujący jest w szczególności pierwszy z tych wyroków, gdyż pozostaje on pod wyraźnym wpływem perspektywy prawa francuskiego i art. 1589 CC (*la promesse de vente vaut vente*). Kodeks Napoleona i doktryna francuska wciąż odciskają piętno na doktrynie i orzecznictwie frankofońskich kantonów Szwajcarii (tzw. *Romandie*). Por. E.A. Kramer, BK VI/1/2/1a, Art. 22, Nb 89; T. Guhl, J.N. Druey, A. Koller, A.K. Schnyder, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zürich 2000, s. 108; A. Gabellon, *Fonctions(s) de la promesse de vente immobilière: entre aspects contractuels et réels*, „Aktuelle Juristische Praxis“ 2015, s. 1654; uwagi historyczne: U. Fasel, *Schweizerische Rechtsgeschichte aus Eugen Hubers Feder*, Bern 2015, Nb 1417–1419; L. Carlen, *Rechtsgeschichte der Schweiz*, Bern 1968, s. 95–96.

<sup>60</sup> BGER 2C\_662/2013 z 2.12.2013 r., E. 2.3.

<sup>61</sup> K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Tübingen 1996, §13.II, s. 169.

<sup>62</sup> Art. 1 ust. 2–3 ZGB: „(2) Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. (3) Es folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung“ („[2] W milczeniu ustawy sędzia powinien orzekać na podstawie prawa zwyczajowego, a gdy i jego brak, powinien rozstrzygnąć w oparciu o normę, którą ustanowili jako ustawodawca. [3] Podąża w tym za utrwalonymi poglądami doktryny i tradycją” [tłum. własne autora]). O roli luki w prawie, por. P. Caroni, S. Emmenegger, A. Tschentscher, BK-I/1. Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012, Art. 1, Nb 344 i n. O normie tzw. *droit prétorien*, P. Caroni, S. Emmenegger, A. Tschentscher, BK-I/1. Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Nb 435 i n.; A. Meier-Hayoz [w:] BK-I/1, Art. 1–10 ZGB, Bern 1966, Art. 1, Nb 251 i n.

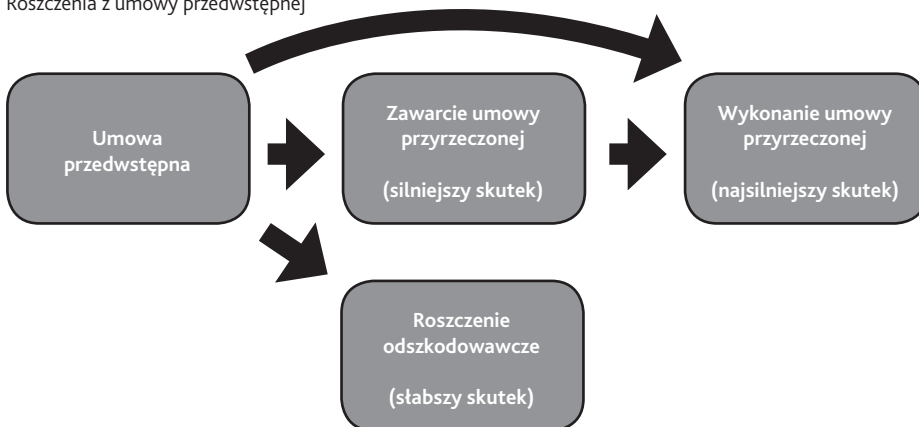
Wiele niedawnych orzeczeń potwierdza tylko dotychczasową linię orzeczniczą – por. wyroki BGE 129 III 264 z 28.03.2003 r., E. 3.2.1; BGer 4C\_246/2003 z 30.01.2004 r., E. 5.1; BGer 4C\_280/2006 z 16.11.2006 r., E. 3 oraz BGer 4A\_601/2009 z 8.02.2010 r., E. 3.2.4.1<sup>63</sup>. Mimo pewnych głosów krytycznych – nic nie zapowiada odrzucenia tego poglądu.

Lokująca się na przeciwnym biegunie, obowiązująca w Szwajcarii w latach 1930–1977 i powszechna w innych porządkach prawnych tzw. *Zweistufentheorie*, nadal posiada swoich zwolenników<sup>64</sup>. Głosi, że z faktu zawarcia umowy przedwstępnej można wywodzić jedynie roszczenie o zawarcie umowy głównej, a dopiero z umowy głównej można dochodzić dalszych roszczeń<sup>65</sup>. Obowiązuje ona w odniesieniu do wszystkich umów przedwstępnych, za wyjątkiem umów, których nie można określić jako *partiidentisch*<sup>66</sup>. Opisany wyżej skutek zawarcia umowy przedwstępnej nie zachodzi zatem, gdy jako strona umowy głównej przewidziana była osoba trzecia. Skutek bezpośredniego wykonania umowy głównej naruszałby jej autonomię woli. Podobnie skutek ten nie znajdzie zastosowania w przypadku ustawowego obowiązku zawarcia umowy (*Kontrahierungspflicht*)<sup>67</sup>.

W konsekwencji w prawie szwajcarskim przyjmuje się, że zawarcie umowy przedwstępnej z dostatecznie precyzyjnie ukształtowaną treścią, między tymi samymi stronami, które zgodnie z postanowieniami umowy przedwstępnej mają stać się stronami umowy głównej, powoduje przekształcenie umowy przedwstępnej w umowę główną<sup>68</sup>. Można w takim wypadku mówić o skutku bezpośrednim umowy przedwstępnej albo – w analogii do ustalonej w Polsce terminologii – o skutku najsilniejszym. Obrazuje to poniższy schemat.

#### Schemat 1

Roszczenia z umowy przedwstępnej



<sup>63</sup> Podobnie w orzecznictwie sądów kantonalnych, po. m.in. P. Pichonnaz, *Quelques questions autour d'un accord de réservation immobilière (Reservation Agreement)*, „Droit de construction“ 2014, s. 131.

<sup>64</sup> Por. ostanio A. Gabellon, *Le précontrat...*, Nb 144 i n., z przedstawieniem poglądów doktryny.

<sup>65</sup> BGE 56 I 195 z 15.05.1930 r., E. 2; BGE 97 II 48 z 19.03.1971 r., E. 4a.

<sup>66</sup> BGE 57 II 502 z 14.10.1931 r., E. 1; BGE 58 II 362 z 5.10.1932 r., E. 2; BGE 98 II 305 z 3.10.1972 r., E. 1.

<sup>67</sup> N. Herzog, KUKO, Art. 22, Nb 12. Por. R. Arnet, *Freiheit und Zwang beim Vertragsschluss. Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht*, Bern 2008, Nb 267–268.

<sup>68</sup> N. Herzog, KUKO, Art. 22, Nb 12.

Trybunał Federalny w wyroku z 4.06.1985 r. (BGE 111 II 156 z 4.06.1985 r., E. 4) sformułował pogląd, że roszczenie z umowy przedwstępnej opiewa na zaspokojenie dodatniego interesu umownego, czyli na zawarcie umowy głównej. Ponieważ zaś interes związany z jej zawarciem implikuje istnienie interesu w jej wykonaniu, bezpośredni skutek umowy przedwstępnej, w postaci możliwości domagania się wykonania umowy głównej, jest logicznie i prakseologicznie uzasadniony. W sytuacji natomiast, gdy druga strona umowy uchyla się od wykonania czy to umowy przedwstępnej, czy to umowy głównej, a przedmiotem skargi jest zapłata odszkodowania w granicach dodatniego interesu umownego, w przypadku obu umów zachodzi tożsamość wymagalnego świadczenia (świadczenie pieniężne).

Jak widać, pytanie o ekonomiczną racjonalność rozwiązania, które upraszczałoby mechanizm dochodzenia roszczeń z umowy przedwstępnej, jest jak najbardziej uzasadnione<sup>69</sup>.

\*\*\*

Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko prawa francuskiego, które historycznie oddziaływało zarówno na kształt prawa szwajcarskiego, jak i prawa polskiego. W odniesieniu do poglądów nauki szwajcarskiej na skutki prawne umowy przedwstępnej wpływ ten jest szczególnie widoczny w orzecznictwie sądów francuskojęzycznych kantonów Szwajcarii<sup>70</sup>.

Kodeks francuski w pierwszym zdaniu art. 1589 CC<sup>71</sup> (i nigdzie indziej) wyraźnie stwierdza, że zobowiązanie (przyrzeczenie) do zawarcia umowy sprzedaży stanowi samą umowę sprzedaży, jeśli obejmuje ono obopólną zgodę stron co do jej przedmiotu i co do ceny. Przepis ten należy rozumieć zatem w taki sposób, że formalnie jednostronne oświadczenie woli (przyrzeczenie sprzedaży) kwalifikowane jest jako umowa sprzedaży, jeśli jego adresat chce ją zawrzeć, choćby w sposób dorozumiany. W konsekwencji do skutku dochodzi wzajemne porozumienie (*consentement réciproque*) o charakterze synallagmatycznym<sup>72</sup>. Oznacza to, że przyrzeczenie tego rodzaju musi zawierać deklarację zbycia rzeczy posiadającej określoną wartość (cenę) na rzecz określonej osoby. Reguły wykładni określają, kiedy dochodzi do wzajemnego przyrzeczenia (*promesse synallagmatique*), a kiedy zachowanie drugiej osoby w odpowiedzi na *promesse unilaterale* nosi znamiona oświadczenia woli akceptującego jej treść<sup>73</sup>. W ten sposób umowa sprzedaży dojdzie do skutku w razie jednoczesnej albo niejednoczesnej wymiany dwóch jednostronnych przyrzeczeń, pokrywających się co do przedmiotu umowy i skierowanych do siebie nawzajem (*promesses croisées*). Doktryna i orzecznictwo francuskie rozszerzają zakres zastosowania normy na wszystkie kontrakty dwustronnie zobowiązujące (*toute promesse bilatérale de contrat équivaut au contrat même*).

Prawo francuskie stoi na stanowisku podobieństwa umowy przedwstępnej z umową przyrzeczoną. Tym niemniej należy zauważyć, że praktyczna doniosłość umowy

<sup>69</sup> Por. P. Gauch, J. Schlupe, J. Schmid, S. Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Nb 1089.

<sup>70</sup> Por. E. Bucher, *Die verschiedenen Bedeutungsstufen...*, s. 177 przyp. 22; B. Wabnitz, *Der Vorvertrag*, s. 120–145.

<sup>71</sup> Art. 1589 CC: „La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix“ („Przyrzeczenie sprzedaży stanowi sprzedaż, o ile dwie strony osiągną wzajemne porozumienie co do rzeczy i ceny“ [tłum. własne autora]).

<sup>72</sup> Por. G. Venandet, P. Ancel [et al.] (red.), *Code civil*, Paris 2016, Art. 1589, Nb 3–4; R. Cabrillon, *Droit des obligations*, Paris 1995, Nb 48.

<sup>73</sup> A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, Paris 1924, s. 425–426, 476.

przedwstępnej objawia się jedynie w handlu nieruchomościami, gdzie ze względu na zawilżość spraw, wysoką wartość przedmiotu umowy oraz niemożność nabycia nieruchomości pod warunkiem albo z zastrzeżeniem terminu, jak również bez zachowania odpowiedniej formy czy uzyskania zgody organu władzy publicznej, umowa przedwstępna staje się nieodzowna<sup>74</sup>. Jednakże również w dziejach prawa francuskiego doktryna nie była zgodna co do interpretacji art. 1589 CC – i podobnie jak w Szwajcarii dostrzeżono, że granicą dopuszczalności *Einstufentheorie* jest odmienna wola stron umowy<sup>75</sup>.

## b) Prawo polskie

Problematyka umowy przedwstępnej doczekała się w nauce polskiej obszernej literatury<sup>76</sup>. W tym miejscu warto przytoczyć niektóre wątki dyskusji prowadzonej przez doktrynę na gruncie prawa polskiego, a mające za przedmiot skutki prawne zawarcia umowy przedwstępnej, przede wszystkim zaś wpływ jej kształtu na postać roszczeń uprawnionego z niej wierzyciela. Zaden z nich nie tematyzuje możliwości żądania bezpośredniego wykonania umowy przyrzeczonej w duchu *Einstufentheorie*, choć rozpowszechnienie praktyki zawierania umów przedwstępnych – zwłaszcza wtedy, gdy nie stoją za nią racjonalne przesłanki<sup>77</sup> – przemawiałoby za rozważaniem takiego rozwiązania. Niemniej jednak prezentowane wątki pokazują tożsamość logicznych podstaw rozważań o roszczeniach z umowy przedwstępnej w polskim i szwajcarskim porządkach prawnych.

Rozważania te zostały podjęte już pod rządem Kodeksu zobowiązań z 1933 r. (art. 62 k.z.)<sup>78</sup>. Według norm tej ustawy zobowiązanie z umowy przedwstępnej rodziło roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej (silniejszy skutek), a w razie odmowy drugiej strony – roszczenie odszkodowawcze (słabszy skutek).

W opublikowanym w 1936 r. artykule Izrael Blei prowadził rozważania o treści roszczenia z umowy przedwstępnej, czyli postaci świadczenia. W szczególności dostrzegł on, że w praktyce roszczenie o dopełnienie umowy przedwstępnej jest jednak wypadkiem ilościowo rzadkim<sup>79</sup>, choć typowym dla tej instytucji w tym sensie, że stanowiącym jej cel<sup>80</sup>. Świadczenie jest generalnie zachowaniem dłużnika zgodnym z treścią zobowiązania, czyniące zadość interesowi wierzyciela. W przypadku umowy przedwstępnej kluczowe dla tej definicji jest pojęcie czynienia (*facere*)<sup>81</sup>, gdyż jej treścią jest właśnie zachowanie polegające na złożeniu oświadczenia woli, prowadzącego do zawarcia ważnej umowy (por. dziś art. 389 §1 k.c.)<sup>82</sup>.

<sup>74</sup> Por. Ph. Malinvaud, *Droit des obligations. Les mécanismes juridiques des relations économiques*, Paris 1992, Nb 22; M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2002, s. 8. J. Gwiazdomorski, *Umowa przedwstępna...*, s. 440 przyp. 3, wskazuje natomiast, że najczęściej umowa przedwstępna zawierana jest w odniesieniu do przyszłych umów realnych.

<sup>75</sup> A. Colin, H. Capitant, *Cours élémentaire II*, s. 425–426.

<sup>76</sup> Jej zestawienie zawiera opracowanie M. Krajewskiego [w:] E. Łętowska (red.), SPP 5, §44, Nb 45 i n. Por. m.in. prace: D. Wajda, *Umowa przedwstępna dotycząca zakupu nieruchomości*, Warszawa 2013; J. Stochel, *Dochodzenie roszczeń z umowy przedwstępnej*, „Monitor Prawniczy” 2000/8, s. 79–84; A. Kondracka, *Pojęcie i charakter prawny umowy przedwstępnej*, „Monitor Prawniczy” 1999/7, s. 12–16; M. Wrzolek-Romańczuk, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 1998.

<sup>77</sup> M. Krajewski, SPP 5, §44, Nb 47.

<sup>78</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 27.10.1933 r. – Kodeks zobowiązań (Dz.U. Nr 82, poz. 598).

<sup>79</sup> I. Blei, *Problem roszczenia wynikającego z umowy przedwstępnej*, „Nowa Palestra” 1936/4, s. 8.

<sup>80</sup> Odmienne J. Stochel, *Dochodzenie roszczeń...*, s. 80.

<sup>81</sup> Por. H. Degenkolb, *Zur Lehre vom Vorvertrag*, Freiburg 1887, s. 2.

<sup>82</sup> M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, s. 61. Autor podkreśla w szczególności, że na gruncie Kodeksu cywilnego z 1964 r. samo złożenie oświadczenia woli jest niewystarczające do zawarcia umowy przyrzeczonej, jeśli wierzyciel pozostaje w zwłoce co do własnego oświadczenia (art. 486 k.c.).

Zobowiązanie do zawarcia umowy przyrzeczonej dotyczy sytuacji, w której umowa przedwstępna czyni zadość konstytutywnym warunkom ważności umowy przyrzeczonej, tj. jej *essentialia negotii*, choć wymóg formy (por. art. 62 § 1 k.z.; art. 390 §3 k.c.) nie wpływa na ważność samej umowy przedwstępnej (wymóg *ad eventum*), oraz zawiera zobowiązanie do zawarcia umowy w oznaczonym terminie w przyszłości<sup>83</sup>. Podobnie jak art. 62 k.z. kwestię tę ujmował art. 25 francusko-włoskiego projektu prawa zobowiązań, na którym wzorowali się polscy kodyfikatorzy<sup>84</sup>. Świadczenie drugiej strony *in natura* (zawarcie umowy przyrzeczonej) stanowiło w praktyce wyjątek od reguły świadczenia odszkodowawczego. Niezawarcie w umowie przedwstępnej istotnych elementów umowy przyrzeczonej (w tym w szczególności niedochowanie formy) uniemożliwiało dochodzenie zawarcia tej drugiej. Wykluczało to tym bardziej akceptację dla koncepcji bezpośredniego (lub najsilniejszego) skutku umowy przedwstępnej. Najdobitniej wyraził ten pogląd Jan Gwiadomorski, pisząc:

„Natomiast na podstawie umowy przedwstępnej nie można w żadnym razie żądać spełnienia tych świadczeń, do których strony mają się zobowiązać dopiero w umowie głównej”<sup>85</sup>.

Na gruncie Kodeksu zobowiązań nie można było zatem w oparciu o umowę przedwstępną żądać wydania przedmiotu przyszłej sprzedaży czy zapłaty zań ceny.

W trakcie uchwalania Kodeksu cywilnego z 1964 r. przejęto myśl, że wierzyciel z umowy przedwstępnej nie posiada w pełni swobodnego wyboru co do realizacji roszczeń. Podstawowe jest roszczenie *in natura*, a dopiero gdyby nie dało się ono wyegzekwować – tj. w szczególności wobec braków formalnych lub materialnych umowy przedwstępnej – roszczenie o naprawienie szkody poniesionej przez uprawnionego przez to, że liczył on na zawarcie umowy przyrzeczonej. Można sobie wyobrazić, że – w świetle autonomii woli stron – wierzyciel rezygnuje z dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej, mimo że posiada taką możliwość z uwagi na zachowanie przepisanej formy umowy przedwstępnej. Co do zasady jednak treść czynności prawnej i jej forma wskazują na kształt możliwego do zrealizowania roszczenia. Do podniesienia roszczenia o zawarcie umowy nie trzeba spełnić żadnych dalszych przesłanek<sup>86</sup>. Do przesłanek roszczenia odszkodowawczego zastosowanie znajdują ogólne zasady z art. 471 k.c. Zawinione „uchylanie się” od zawarcia umowy stanowi źródło szkody w majątku wierzyciela.

Kolejne doniosłe praktycznie pytanie dotyczy tego, czy odszkodowanie obejmuje ujemny, czy dodatni interes umowny. Autorzy Kodeksu zobowiązań stali na stanowisku, że dodatni interes z umowy przedwstępnej równa się ujemnemu interesowi z umowy przyrzeczonej. I. Blei wychodzi ze słusznego przeświadczenia, że umowa przedwstępna stanowi w aspekcie treściowym część umowy przyrzeczonej (zwłaszcza jeśli ta druga miałaby powtórzyć jej postanowienia)<sup>87</sup>. Im więcej tej pierwszej w tej drugiej, tym większy rozmiar interesu umownego, który należy zaspokoić. Dotyczy to szczególnie omawianego rodzaju umów przedwstępnych,

<sup>83</sup> M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, s. 67, 103.

<sup>84</sup> I. Blei, *Problem roszczenia...*, s. 10–11; R. Longchamps de Bérier, *Zobowiązania*, Lwów 1938, s. 158.

<sup>85</sup> J. Gwiadomorski, *Umowa przedwstępna...*, s. 444. Tak również: I. Blei, *Problem roszczenia...*, s. 11.

<sup>86</sup> M. Krajewski, *SPP 5*, §44, Nb 98–99.

<sup>87</sup> I. Blei, *Problem roszczenia...*, s. 13.

które zawierają wszystkie elementy konieczne umów przyrzeczonych (a szczególnie sporządzone są w tej samej formie), a ponadto charakteryzują się tożsamością podmiotową i przedmiotową<sup>88</sup>.

Również współcześnie powszechnie uznaje się, że w razie uchylenia się dłużnika od zawarcia umowy przyrzeczonej (art. 390 § 1 k.c.), roszczenie o naprawienie szkody kształtuje się w granicach ujemnego interesu umownego. Gdy zaś umowa przedwstępna czyni zadość wymaganiom, od których zależy ważność umowy przyrzeczonej, w szczególności wymaganiom co do formy, roszczenie o naprawienie szkody będzie opiewać na dodatni interes umowny (art. 390 § 2 k.c.)<sup>89</sup>. Zaspokojenie roszczenia o zawarcie umowy definitywnej wyłącza możliwość domagania się naprawienia szkody, jaką strona poniosła przez to, że spodziewała się zawarcia kontraktu definitywnego<sup>90</sup>.

Rozmiar uszczerbku, podlegającego naprawieniu, mierzy się poprzez porównanie stanu majątkowego wierzyciela, jaki istniałby, gdyby uprawniony nie liczył na zawarcie umowy, ze stanem, w którym rzeczywiście liczył na jej zawarcie<sup>91</sup>.

Z kolei w sytuacji, w której treść umowy przedwstępnej zawierała wszystkie elementy konieczne (subiektywnie i obiektywnie) oraz zawarta była w formie przewidzianej dla umowy przyrzeczonej, roszczenie o zawarcie umowy definitywnej jest w istocie realizacją dodatniego interesu umownego uprawnionego. Doprowadzenie bowiem do zawarcia umowy przyrzeczonej<sup>92</sup> stanowi konieczny krok dla możliwości uzyskania świadczeń w niej przewidzianych. Dodatni interes z umowy przedwstępnej jest w takim wypadku tożsamy z dodatnim interesem z umowy definitywnej. W wymiarze ekonomicznym nie przedstawiają one żadnej różnicy. Wyrażone w pieniądzu wartość roszczenia o zawarcie umowy głównej i wartość roszczenia o jej wykonanie są równe.

W konkretnym przypadku, gdy umowa przedwstępna spełnia jednocześnie wszystkie warunki konieczne do tego, aby zawarta została umowa definitywna, w szczególności wymóg odpowiedniej formy, problematyczne może być jej odróżnienie od umowy przyrzeczonej. Pod rządem Kodeksu zobowiązań wymóg określenia terminu zawarcia umowy przyszłej rozgraniczał obie umowy i stanowił jasną przesłankę interpretacyjną, której brak w obowiązującym stanie prawnym. Doktryna przyjmuje zgodnie regułę interpretacyjną, w myśl której w razie wątpliwości co do natury prawnej umowy, należy domniemywać, że strony zawarły umowę stanowczą<sup>93</sup>. Maciej Gutowski zaproponował także inną regułę wykładni, postulując konwersję nieważnej umowy przyrzeczonej na umowę przedwstępną<sup>94</sup>. Konwersja jest zabiegiem interpretacyjnym w duchu *favor negotii*, dążącym do zachowania

<sup>88</sup> M. Krajewski, SPP 5, §44, Nb 98.

<sup>89</sup> A. Olejniczak, Z. Radwański, *Zobowiązania...*, Nb 377–382.

<sup>90</sup> A. Olejniczak, Z. Radwański, *Zobowiązania...*, Nb 377.

<sup>91</sup> M. Krajewski, SPP 5, §44, Nb 116–117.

<sup>92</sup> Por. art. 64 k.c. i art. 1047 ustawy z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2017 r. poz. 1822 ze zm.). Wniesienie przez uprawnionego pozwu może być traktowane jako złożenie oświadczenia woli. Orzeczenie sądu zastępujące oświadczenie woli pozwanego prowadzi wprost do zawarcia kontraktu definitywnego. Por. M. Krajewski, SPP 5, §44, Nb 126–132.

<sup>93</sup> K. Popiołek [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny*, t. 1, *Komentarz do art. 1–449*<sup>11</sup>, Warszawa 2015, art. 389, Nb 10; J. Grykiel [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2016, art. 389, Nb 18.

<sup>94</sup> M. Gutowski, *Konwersja umowy stanowczej w przedwstępną wobec zmian kodeksu cywilnego*, „Państwo i Prawo” 2004/58, s. 48–61.

dokonanych czynności prawnych przy ich zmienionej kwalifikacji. Opiera się ona w omawianym przypadku na założeniu, że nieważna umowa definitywna staje się „własną” umową przedwstępną, jeżeli zawiera wszystkie jej elementy konieczne. Reguła ta bliska jest w istocie *Einstufentheorie*<sup>95</sup>. Każdorazowo rozstrzyga jednak przede wszystkim art. 65 k.c.

W oparciu o zarysowanie rozważań polskiej nauki prawa dotyczącej postaci roszczenia z umowy przedwstępnej wyraźnie widać, że nauka szwajcarska wychodzi z tych samych założeń logicznych. Im bardziej treść i forma umowy przedwstępnej odpowiadają treści i formie umowy głównej, tym większy jest „ciężar gatunkowy” roszczeń. Jeśli więc na podstawie umowy przedwstępnej można w określonych przypadkach wysunąć roszczenie, którego wartość odpowiada wartości przyrzeczonych świadczeń z umowy głównej, to w sensie ekonomicznym wierzyciel uzyskuje tyle, ile otrzymałby przez wykonanie umowy definitywnej. Stąd już tylko krok – którego dokonali Szwajcarzy – do uznania roszczenia nie o zawarcie umowy głównej, ale o jej wykonanie.

#### 4. PODSUMOWANIE

Umowy przedwstępne zawierane są z powodów albo praktycznych, w przypadku bardziej skomplikowanych stanów faktycznych, albo psychologicznych, jeżeli natychmiastowe zawarcie umowy definitywnej jest dla stron niedogodne albo subiektywnie niemożliwe<sup>96</sup>. Przede wszystkim jednak chronią one kontrahentów przed pochopnymi decyzjami, ograniczając ryzyka związane z zaciągnięciem zobowiązania<sup>97</sup>. W praktyce umowy przedwstępne nie przedstawiają jednak kategorii tak jednorodnej, jak to wynika z brzmienia norm kodeksowych. W zależności od ich treści wywołują różne skutki i rodzą różnego rodzaju roszczenia. Prawo szwajcarskie ujawnia swój pragmatyczny charakter poprzez elastyczną interpretację przepisów prawa oraz uwzględnianie specyficznych przypadków ich stosowania. Zarówno doktryna, jak i orzecznictwo biorą pod uwagę roszczenia wynikające z interesu wierzyciela, aby przymusić dłużnika do wykonania umowy przyrzeczonej. Ogólne względy praktyczne i szwajcarskie doświadczenie prawne przemawiają za tym, aby pokonać psychologiczną granicę między roszczeniem o zawarcie umowy przyrzeczonej a jej wykonaniem, między którymi brak jakiegokolwiek różnicy w wymiarze ekonomicznym.

Omówiona koncepcja (*Einstufentheorie*), odnosząca się do skutków prawnych zawarcia umowy przedwstępnej – należy to jasno powtórzyć – nie neguje celowości istnienia tej instytucji *in toto*, ale stanowi odpowiedź na potrzebę uproszczonego potraktowania pewnej obszernej kategorii stanów faktycznych.

Pozostaje odpowiedzieć sobie na postawione z początku pytanie, czy doświadczenia szwajcarskiej *Einstufentheorie* mogłyby znaleźć praktyczne zastosowanie

<sup>95</sup> Co ciekawe, Sąd Najwyższy w wyroku z 26.11.2002 r., V CKN 1445/00, OSNC 2004/3, poz. 47, Biul. SN 2003/5, poz. 7, M. Prawn. 2003/12, poz. 560) odmówił uznania konwersji czynności prawnej (gwarancji ubezpieczeniowej na poręczenie), uzasadniając brakiem tożsamości podmiotowej stron obu tych umów. Przedstawiony przez Sąd Najwyższy tok myślenia odzwierciedla w pewien sposób podstawowy dla *Einstufentheorie* wymóg, aby strony umowy przedwstępnej i planowanej umowy głównej były identyczne. Odmienne – por. wyrok Sądu Najwyższego z 13.12.2012 r., IV CNP 21/12, LEX nr 1288702.

<sup>96</sup> N. Herzog, KUKO, Art. 22, Nb 1; A. Gabellon, *Fonctions(s) de la promesse de vente...*, s. 1654.

<sup>97</sup> Por. art. 216 ust. 2 i art. 493 ust. 6 OR.

na gruncie prawa polskiego. Wydaje się, że postulat ten nie powinien być *de iure ferendum* zupełnie wykluczony. Nie przesądza to o konieczności zmian legislacyjnych<sup>98</sup>, gdyż wystarczyłoby utrwalenie nowej interpretacji art. 390 § 2 k.c. przy współdziałaniu doktryny i judykatury.

Nie ulega wątpliwości, że owa koncepcja stanowi rozwiązanie znacząco wzmacniające pozycję wierzyciela, umożliwiając mu zaspokojenie wierzytelności w sposób najlepiej realizujący jego interes. *Einstufentheorie* stanowiłaby również czynnik skłaniający uczestników obrotu do bardziej starannego przygotowania decyzji o związaniu się węzłem umownym. W wymiarze procesowym możliwość bezpośredniego sądowego domagania się wykonania umowy przyrzeczonej ograniczyłaby przewlekłość postępowań i przyspieszyła realizację norm prawa materialnego.

Natomiast istotną wadą wyżej przedstawionej koncepcji jest jej fragmentaryczność, tj. wąski zakres zastosowania, obejmujący jedynie umowy przedwstępne przedmiotowo i podmiotowo identyczne z umową definitywną.

Warto dostrzec treściową zbieżność norm polskiego i szwajcarskiego prawa zobowiązań w odniesieniu do zarówno samej instytucji umowy przedwstępnej, jak i w szczególności do wymagań formalnych, tj. wpływu dochowania bądź niedochowania tych wymogów na kształt roszczenia z umowy przedwstępnej. W efekcie wydaje się, że *Einstufentheorie* mogłaby *de iure ferendum* (bez zmian ustawowych) znaleźć zastosowanie bez uszczerbku dla spójności polskiego porządku prawnego.

**Słowa kluczowe:** *umowa przedwstępna, prawo umów, prawo zobowiązań, prawo szwajcarskie*

### Summary

Aleksander Grebieniow, *Can a preliminary contract be a promised one? About the relativity of preliminary contracts in the Swiss Private Law*

*A part of the modern Swiss judiciary and doctrine have proposed a solution giving a party of an ad referendum contract a direct claim to execute the final agreement. This new approach («Einstufentheorie») is controversial and stands in opposition to the traditional view («Zweistufentheorie»). However, the discussed idea simplifies the formation and execution of contracts there, where in both – precontracts and final contracts – there is an identity of the object and of the parties. The paper shows how useful for legal practice the proposed dogmatic solution may be.*

**Keywords:** *ad referendum contract, preliminary contract, Contract Law, Law of Obligations, Swiss Law*

<sup>98</sup> Redakcja odpowiedniego przepisu powinna być przede wszystkim poprzedzona analizą orzecznictwa i debatą w ramach nauki prawa. Mógłby on brzmieć następująco (art. 390 §2<sup>1</sup>): „Jeżeli treść umowy przedwstępnej, o której mowa w poprzednim paragrafie, odpowiada treści umowy przyrzeczonej albo w sposób niewątpliwy wskazuje na jej istotne elementy, zaś obie umowy zostały zawarte między tymi samymi stronami, strona, która liczyła na zawarcie umowy przyrzeczonej, może żądać wprost jej wykonania”.