

JANUSZ STRZĘPKA

## Z PROBLEMATYKI ZAWIERANIA UMÓW W OBRODIE USPOŁECZNIONYM

(Uwagi do art. 72 k.c.)

### I

Kodeks cywilny w art. 72 reguluje problematykę rokowań (umownych). Przepis art. 72 k.c. wprowadził istotną zmianę w porównaniu z kodeksem zobowiązań (art. 61) i art. 56 p.o.p.c., co do momentu uznania umowy za zawartą. Zagadnienie obowiązywania art. 72 k.c. przy zawieraniu umów w obrocie uspołecznionym budzi kontrowersje w nauce oraz w praktyce i stąd zachodzi potrzeba (bliższego jego wyjaśnienia).

Rozpatrując ten problem przypomnieć należy, że w okresie obowiązywania kodeksu zobowiązań umowę uważało się za zawartą, jeżeli strony wyraziły swą zgodę co do wszystkich istotnych postanowień umowy, pozostawiając porozumienie się co do szczegółów na przyszłość, bez zastrzeżenia, że w razie niedojścia do porozumienia umowę uważać będą za niedoszłą do skutku (art. 61). Gdy w przyszłości nie doszło do porozumienia co do szczegółów orzekał o nich sąd na podstawie przepisów ustawy, zwyczajów lub słuszności<sup>1</sup>. Zasada powyższa została utrzymana pod rządem p.o.p.c. z 1950 r.,<sup>2</sup> których art. 56 stanowił, że „umowa zostaje zawarta, gdy strony złożą zgodne oświadczenie co do jej istotnych postanowień”.

Brak porozumienia co do postanowień nieistotnych (*naturalia negotii*) nie wpływał na ważność i skuteczność umowy. Norma wyrażona w art. 56 p.o.p.c. miała w zasadzie zastosowanie również w obrocie uspołecznionym, chyba że ograniczały ją przepisy szczególne. Stosownie np. do § 5 o.w.d. 1963 r. umowę uważało się za zawartą, gdy uzgodnione zostały jej postanowienia, przy czym cena nie musiała być uzgodniona w umowie, jeżeli obowiązywała cena urzędowa. Natomiast według § 20 ust. 2 o.w.d., jed-

<sup>1</sup> R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania*, Poznań 1948, s. 164; R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Komisja Kodyfikacyjna, 1936, s. 85 - 87.

nostka, której zamówienie przyjęte zostało z zastrzeżeniami, powinna była oświadczyć, w jakiej części zastrzeżenia przyjmuje i umowę uważa za zawartą. Przepis ten, który dotyczył także istotnych postanowień umownych, wprowadzał do umowy koncepcję częściowego zawarcia umowy<sup>2</sup>. Bardziej wyraźny i zdecydowany charakter miała ta koncepcja w umowie o roboty budowlano-montażowe. Stosownie do § 8 ust. 2 c.z.u. z 1958 r. do czasu rozstrzygnięcia sporu umowę uważało się za zawartą w części nie kwestionowanej, w pozostałej części obowiązywały czasowe żądania stromy, która wystąpiła z projektem umowy. Orzeczenie arbitrażowe było w tych sytuacjach równoznaczne z uzupełnieniem istniejącego już częściowego' stosunku umownego.

Z chwilą wejścia w życie — jak już wspomniano — kodeksu cywilnego, sytuacja prawna uległa istotnym zmianom. Kodeksowy tryb zawierania umów przedstawia się różnie w zależności od sytuacji, czy strony poprzedziły zawarcie umowy rokowaniami umownymi, czy (też rokowań tych nie było. Jeżeli rokowań nie było, wystarczy, aby strony porozumiały się co do składników istotnych mającej zostać zawartej umowy, natomiast pozostałe -elementy umowy uzupełnione zostaną odpowiednimi przepisami ustawowymi oraz przez treść zasad współżycia społecznego, ustalone zwyczajem itp. (art. 56 k.c.). Źródłem ukształtowania tak powstałego zobowiązania mogą być również regulaminy, warunki i wzory umów. Odmienne sprawa przedstawia się w wypadku rokowań umownych, które doprowadzają do zawarcia umowy, gdy strony dojdą do porozumienia co do 'wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem rokowań (art. 72 k.c.).

W kodeksie cywilnym zatem ranga swobody umów poprzedzonych rokowaniami została silniej podkreślona w porównaniu z p.o.p.c., a zwłaszcza z art. 56 tych przepisów<sup>3</sup>. Zbadajmy obecnie, w jakim zakresie art. 72 k.c. obowiązuje przy zawieraniu umów w obrocie uspołecznionym. Zagadnienie powyższe należy rozpatrzeć oddzielnie, jeżeli chodzi o umowy regulowane wskazaniem planu gospodarczego zawierane w wykonaniu obowiązku nałożonego na przynajmniej jedną ze stron przez akt administracyjny oraz gdy mamy do czynienia z umowami zawieranymi bez, istnienia takiego obowiązku. W tym pierwszym przypadku k.c. w tytule czwartym księgi trzeciej o zobowiązaniach, przewiduje specjalny tryb odbiegający swą treścią od norm ogólnych dotyczących zawierania umów a zamieszczonych w art. 66 - 72 k.c. Dyspozycje art. 397 - 404 k.c. ustalają tryb zawierania wszelkich umów między jednostkami gospodarki uspołecznionej obowiązujący w tych wypadkach Medy przynajmniej na jedną

<sup>2</sup> Por. w tej kwestii: W. Kufel, M. Tyczka, *Postępowanie arbitrażowe*, Warszawa 1968, s. 204 - 205 oraz 210; M. Tyczka, *Spory przedumowne*, Warszawa 1964, s. 41 - 42,

<sup>3</sup> Por. M. Piekarski, *Komentarz do k.c. t. 1*, s. 188; M. Piekarski, *Zawarcie umowy. Forma czynności prawnych*, NP, 1965, nr 4, s. 355 - 356; M. Piekarski, *Czynności materialnoprawne a procesowe w sprawach cywilnych*, *Studia Prawnicze*, 1973, nr 37, s. 104 - 105.

stronę został nałożony w drodze decyzji administracyjnej kompetentnego organu nadrzędnego obowiązek zawarcia umowy. Powyższe przepisy znacznie ograniczają znaczenie woli (kontrahenta i swobody rokowań umownych, powodując w konsekwencji zmniejszenie swobody umów w zasięgu uspołecznionego obrotu gospodarczego regulowanego wskazaniami planu. Z chwilą nałożenia na daną jednostkę obowiązku zawarcia umowy w drodze decyzji administracyjnej druga jednostka, na rzecz której to nastąpiło nabywa roszczenie natury cywilnoprawnej o zawarcie umowy. Przepisy art. 397 - 404 k.c. konkretyzują roszczenie takiej jednostki o zawarcie umowy sprzedaży, dostawy lub umowy o inne świadczenie znacznie ograniczając w tym zakresie swobodę rokowań, a w razie niesfinalizowania rokowań umownych w tym przedmiocie rozstrzygnięcie sporu przedumownego przez państwową komisję arbitrażową doprowadza do zawarcia umowy. Należy dodać, że milczenie adresata oferty, który jest zobowiązany do zawarcia umowy uważa się za przyjęcie oferty (art. 400 k.c), co wskazuje również na ograniczenie autanomi woli kontrahenta i swobody rokowań umownych. Przepis art. 399 reguluje sprawę przyjęcia oferty z zastrzeżeniami odmiennie aniżeli art. 68 k.c, który wobec tego nie ma zastosowania do umów zawieranych w trybie art. 397 k.c. W tym stanie rzeczy należy przyjąć, że w zakresie umów obowiązkowych zawieranych w trybie art. 397 nie ma zastosowania art. 72 k.c. ze względu na odmienne dyspozycje zawarte w dalszych artykułach wspomnianego tytułu.

Kompleks norm zawartych w art. 397 - 404 k.c. stanowi *lex specialis* w stosunku do norm ogólnych o zawieraniu umów zamieszczonych w art. 69, 71 i 72 k.c. (*lex generalis*) i zgodnie z zasadą *lex specialis derogat legi generali* wyłącza ich zastosowanie odnośnie do umów obligatoryjnych w obrocie uspołecznionym.

Wykluczenie zastosowania norm ogólnych o zawieraniu umów — jak wyżej wskazano — następuje stąd, że skutki prawne norm szczególnych (art. 397 - 404) nie dadzą się pogodzić ze skutkami norm ogólnych<sup>4</sup>. Jednakże w pewnych wypadkach nawet w zakresie umów obowiązkowych art. 72 k.c. znajdzie zastosowanie. Zachodzi to zwłaszcza w tych przypadkach, gdy roszczenie jednostki uprawnionej o zawarcie umowy wygaśnie (art. 398 § 2 k.c), wówczas okoliczność ta nie będzie stanowić żadnej przeszkody do zawarcia między stronami umowy na zasadach ogólnych, w szczególności na zasadzie określonej w art. 72 k.c.

W konsekwencji stwierdzić należy, że dokonana tutaj uchylająca wykładnia art. 72 k.c. w zakresie umów obligatoryjnych zawieranych w trybie art. 397 k.c. jest dopuszczalna, zwłaszcza że odnosi się do przepisów, w których przejawia się zupełnie wyraźna i łatwa do odczytania intencja ustawodawcy. Chodzi tu w szczególności o intencję przyśpieszenia procesu

<sup>4</sup> A. Ohanowicz, *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, Warszawa 1963, s. 51 - 52.

zawierania umowy i eliminowania punktów spornych w drodze orzecznictwa przedumownego. Stąd też w zakresie umów obowiązkowych należy przyjąć zasadę, że do zawarcia umowy wystarczy uzgodnienie istotnych postanowień tej umowy, natomiast w braku zgody co do pozostałych punktów umowy rozstrzygnięcie sporu przedumownego przez komisję arbitrażową doprowadza do ustalenia treści umowy w punktach spornych. Orzeczenie komisji arbitrażowej ma charakter konstytutywny, jego treść staje się integralną częścią umowy (art. 64 k.c.). Należy dodać, że gdybyśmy także w odniesieniu do innych umów w obrocie społecznym — wbrew wyraźnym dyspozycjom art. 72 k.c. — przyjęli zasadę, że należy je poczytywać za zawarte, jeśli strony wyraziły zgodę co do postanowień istotnych, chociaż rokowania obejmowały pozostałe postanowienia, co do których strony nie porozumiały się, doprowadzilibyśmy w wielu przypadkach do powstania niezupełnych, kadłubowych stosunków umownych. Inaczej przedstawiła się rzecz, gdy chodzi o umowy obligatoryjne. Niebezpieczeństwo powstania niezupełnych stosunków umownych nie grozi tutaj, gdyż zamawiający który nie godzi się z zastrzeżeniami objętymi protokołem rozbieżności, obowiązany jest, po wyczerpaniu środków zmierzających do uzgodnienia stanowisk stron złożyć wnosek o rozstrzygnięcie sporu przedumownego we właściwej komisji arbitrażowej. Kończące taki spór orzeczenie komisji arbitrażowej ustali treść umowy, nie pozostawiając w niej luk.

Jeżeli chodzi to tryb zawierania umów dobrowolnych między jednostkami gospodarki społecznej, a więc takich, gdzie nie ma obowiązku zawarcia umowy nałożonego na drodze aktu administracyjnego sądzę, że art. 72 k.c. obowiązuje w całej rozciągłości<sup>5</sup>. Umowa dochodzi do skutku „gdy strony dojdą do porozumienia co do wszystkich jej postanowień, które były przedmiotem rokowań”. Wynika stąd, że choćby strony w czasie rokowań wyraziły zgodę co do istotnych postanowień, natomiast nie porozumiały się co do innych, (to więc obligatoryjna nie powstaje.

W kwestii obowiązywania art. 72 k.c. w procesie zawierania umów w obrocie społecznym wypowiedziano poglądy<sup>6</sup>, że przepis ten, nawet

<sup>5</sup> Wśród autorów zajmujących się problematyką art. 72 k.c. brak jest jednoznaczności co do obowiązywania tego przepisu w procesie zawierania umów w obrocie społecznym. A. Stelmachowski w głosie do orzeczenia GKA z dn. 15 VII 1968 (BO-6907/68). OSPiKA, 1969, nr 7-8, poz. 137 wyraźnie wypowiedział się przeciwko obowiązywaniu art. 72 k.c. w obrocie społecznym. Natomiast E. Łętowska w głosie do orzeczenia GKA z dn. 15 VII 1968 r. (BO-6907/68), PiP 1969, nr 10, s. 713 zajmując się zagadnieniem charakteru orzeczenia kończącego spór przedumowny zajmuje stanowisko, że art. 72 k.c. obowiązuje nie tylko w zakresie umów dobrowolnych, ale także w zakresie umów regulowanych wskazaniem planu gospodarczego (umów obowiązkowych). W Komentarzu do k.c. t. II, s. 945 S. Buczkowski stwierdza, że przepis art. 72 k. c. nie może mieć zastosowania w zakresie umów obligatoryjnych z uwagi na odmienne dyspozycje przepisów art. 397 - 404 k.c.

<sup>6</sup> Por. A. Stelmachowski, *Głosa do orzeczenia GKA z dn. 15 VII 1968 (BO-6907/68)* OSPiKA, nr 7 - 8, poz. 137, s. 290.

w zakresie umów dobrowolnych, stanowi „hamulec” w postaci sankcji niezawarcia umowy w braku porozumienia co do wszystkich postanowień będących przedmiotem rokowań. Jednocześnie — podkreślono<sup>7</sup> — art. 72 k.c. eliminuje możliwość sporów przedumownych o same tylko *naturalia negotii*, skoro umowa w ogóle do skutku nie dochodzi. Natomiast w celu wymuszenia zawarcia całej umowy musiałaby istnieć podstawa materialnoprawna, w postaci przepisu nakładającego na jedną ze stron obowiązek jej zawarcia (art. 397 k.c.). Takie ujęcie zagadnienia może budzić zastrzeżenia.

W szczególności należy wskazać, że instytucja sporu przedumownego nie jest związana wyłącznie z umowami obligatoryjnymi, które określa art. 397. Istnienie obowiązku zawarcia umowy może znajdować oparcie w art. 386 i przepis ten może skutecznie zapobiegać „przeciąganiu” się rokowań skutkiem braku współdziałania stron. Brak koniecznego współdziałania w celu doprowadzenia do zawarcia umowy uzasadnia na podstawie art. 386 k.c. roszczenie odszkodowawcze strony, która wskutek tego poniesie uszczerbek majątkowy (*culpa in contrahendo*, a właściwie *culpa in non contrahendo*)<sup>8</sup>. W pewnych wypadkach przepis art. 386 może być traktowany jako podstawa materialnoprawna roszczenia o zawarcie umowy<sup>9</sup>. Z drugiej strony warto nadmienić, że operowanie argumentem jakoby art. 72 wykluczał spory przedumowne o składniki nieistotne, skoro umowa nie jest zawarta, uznać należy za wątpliwe, zwłaszcza gdy weźmie się pod uwagę tę okoliczność, że komisje arbitrażowe rozstrzygają również spory o ustalenie treści umowy, nawet gdy nie istnieje obowiązek zawarcia jej pod warunkiem, że obie strony zgodzą się na rozstrzygnięcie spraw spornych przez arbitraż. Wówczas chwila wydania orzeczenia precyzującego sporną klauzulę, dotyczącą nieistotnych, ale kontrowersyjnych dla stron postanowień, będzie miarodajna dla oceny, że umowa została zawarta. Orzeczenie arbitrażowe w sporze przedumownym, precyzujące między stronami klauzulę umowną będzie miało charakter konstytutywny.

Gdybyśmy zrezygnowali z możliwości tego typu sporów przedumownych, przy założeniu, że przepis art. 72 stoi temu na przeszkodzie, oznaczałoby to w gruncie rzeczy osłabienie systemu umownego i konieczność szukania „ratunku” w przypadku rozbieżności zadań w trakcie rokowań — w ingerencji typu administracyjnego.

W związku z problematyką zawierania umów w obrocie społecznym, pozostaje przepis § 9 ust. 2 i 3 ogólnych warunków umów sprzedaży z 1973 r.<sup>10</sup> dopuszczający zawarcie i ustalenie treści umowy orzeczeniem

<sup>7</sup> Por. A. Stelmachowski, op. cit. s. 290.

<sup>8</sup> Por. S. Buczkowski, Z. K. Nowakowski, *Prawo obrotu uspołecznionego*, Warszawa 1974, s. 124-125; J. Trojanek, *Obowiązek współdziałania jednostek gospodarki uspołecznionej przy zawieraniu i wykonywaniu umów*, Warszawa 1971, s. 122 - 123.

<sup>9</sup> J. Trojanek, *Obowiązek współdziałania jednostek gospodarki uspołecznionej przy zawieraniu i wykonywaniu umów*, Warszawa 1971, s. 113 i nast.

<sup>10</sup> Załącznik do uchwały nr 192 RM z dn. 3 VII 1973 r. w sprawie umów sprze-

arbitrażowym także w wypadku, gdy jednostka, która nie jest zobowiązana do zawarcia umowy, nie sprzeciwia się zawarciu umowy ani nie są sporne istotne postanowienia umowy (rodzaj i ilość towaru oraz termin dostarczenia), sporne są tylko inne jej postanowienia (ust. 2) oraz w wypadku, gdy obie strony dążą do zawarcia umowy, a nie mogą uzgodnić jej postanowień i jedna ze stron wystąpi o ustalenie treści umowy do państwowej komisji arbitrażowej za 'zgodą drugiej strony (ust. 3). Powyższe uregulowanie wskazuje wyraźnie, że spór przedumowny może być wytoczony nie tylko wówczas, gdy istnieje obowiązek zawarcia umowy, ale również, gdy obowiązkowi takiemu nie nałożono w trybie określonym właściwymi przepisami, a strony zgodne są co do zawarcia umowy, spór zaś dotyczy niektórych elementów treści tej umowy.

Komisja arbitrażowa rozstrzygając taki spór musi kierować się przede wszystkim przepisami o charakterze bezwzględnie wiążącym, natomiast zachowuje swobodę, gdy chodzi o zastosowanie przepisów dyspozytywnych. Takie stanowisko znalazło swój wyraz w orzecznictwie arbitrażowym. GK.A w jednym z orzeczeń wyraziła pogląd, że komisja arbitrażowa władna jest w sporze przedumownym ustalić klauzulę umowną, której treść strony są uprawnione ukształtować w granicach przysługującej im swobody kontraktowania<sup>11</sup>.

Rozpatrując dyspozycję przepisu § 9 ust. 2 o.w.s. od strony momentu uznania umowy za zawartą, należy stwierdzić, że jego sformułowanie wskazywałoby na to, że więź obligacyjna powstaje już z chwilą porozumienia się stron co do elementów istotnych i brak zgody co do składników nieistotnych nie ma wpływu na dojście umowy do skutku. W przypadku rozbieżności co do postanowień nieistotnych każda ze stron może żądać rozstrzygnięcia sporu przez arbitraż (§ 9 ust. 2). W konsekwencji przepis art. 72 k.c. — z uwagi na odmienne dyspozycje — nie znajdowałby zastosowania w procesie zawierania umów w obrocie uspołecznionym. Jednakże można mieć wątpliwości co do słuszności takiego rozwiązania, zwłaszcza że tego rodzaju odstępstwo od normy ogólnej wymagałoby wyraźnego powołania się na przepis art. 2 k.c. Natomiast Rada Ministrów w ogólnych warunkach sprzedaży nie skorzystała na podstawie art. 2 k.c. z możliwości uregulowania warunków zawarcia umowy (art. 72 k.c.) w sposób odbiegający od bezwzględnie obowiązujących przepisów kodeksu cywilnego. Tego rodzaju rozstrzygnięcie przyjęto w zakresie zawierania umów o realizację inwestycji, gdzie wyraźnie stwierdzono, że umowa o realizację inwestycji dochodzi do skutku z momentem uzgodnienia przez strony postanowień istotnych (art. 2 w zw. z art. 72 k.c.), mimo że przed-

daży oraz umów dostawy między jednostkami gospodarki uspołecznionej (MP nr 36, poz. 218).

<sup>11</sup> Por. Orzeczenie GKA z dn. 15 VIII 1968 (BO-6907/68), OSPiKA, 1969, nr 7 - 8, poz. 137.

miotem rokowań objęte były również inne składniki, co do których nie osiągnięto porozumienia<sup>12</sup>.

Stąd też w zakresie zawierania umów sprzedaży i dostawy w obrocie uspołecznionym (należałoby przyjąć, że do czasu niezgodnienia wszystkich postanowień będących przedmiotem rokowań, nie istnieje stosunek zobowiązaniowy. Porozumienie się co do elementów istotnych jest warunkiem koniecznym, a zarazem niewystarczającym; wymagana jest ponadto zgoda co do pozostałych elementów objętych rokowaniami. W braku takiego porozumienia przepis § 9 ust. 2 o.w.s. 'wyraźnie dopuszcza żądanie każdej ze stron rozstrzygnięcia sporu przez komisję arbitrażową. Orzeczenie arbitrażu precyzujące sporną klauzulę dotyczącą elementów nieistotnych będzie wskazówką dla oceny, że umowa dostała zawarta.

Jeżeli strony prowadzące rokowania osiągnęły porozumienie co do postanowień istotnych i gdyby nawet postanowienia te zostały spisane i podpisane przez strony, to na gruncie postanowień art. 72 k.c. — jak już podkreślano — nie byłyby one dla stron wiążące, dopóki nie zostanie osiągnięte porozumienie co do wszystkich postanowień objętych rokowaniami. Tego rodzaju sytuacje należałoby traktować jako tzw. punktacje<sup>13</sup> nie mające na gruncie kodeksu cywilnego charakteru wiążącego, a w konsekwencji przyjmować, że umowa nie została zawarta.

W konkluzji należy stwierdzić, że w zakresie zawierania umów dobrowolnych, nie regulowanych wskazaniem planu gospodarczego, art. 72 k.c. obowiązuje z wszystkimi konsekwencjami i umowa dochodzi do skutku z chwilą uzgodnienia postanowień będących przedmiotem rokowań. Stanowisko takie znalazło wyraz w orzecznictwie arbitrażowym<sup>14</sup>.

## II

Pewną specyfikę wykazuje tryb zawierania umów przedwstępnych w obrocie uspołecznionym. Rozróżnić należy sytuację, gdy strony poprzedziły zawarcie umowy przedwstępnej rokowaniami oraz gdy rokowań tych nie było. W tym drugim przypadku tryb zawarcia umów przedwstępnych

<sup>12</sup> Por. przepis § 20 ust. 2 ogólnych warunków umów o realizację inwestycji budowlanych oraz wykonanie remontów budowlanych i instalacyjnych stanowiących załącznik do zarządzenia Ministra Budownictwa i PMB z dn. 8 IV 1974 r. w sprawie ogólnych warunków umów o prace projektowe w budownictwie oraz o realizację inwestycji budowlanych i o wykonanie remontów budowlanych i instalacyjnych (MP. nr 14, poz. 94).

<sup>13</sup> Por. w tej kwestii: D. Henrich, *Vorvertrag. Optionsvertrag. Vorrechtsvertrag*, Berlin-Tübingen 1965, s. 100 - 108; S. Wróblewski, *Powszechny austriacki kodeks cywilny*, cz. I, Kraków 1914, s. 743 - 744; M. Landau, *Umowa przygotowawcza (Pactum de contrahendo)*, Kraków 1926, s. 10; R. Longchamps de Berier, *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań*, Komisja Kodyfikacyjna, 1936, s. 86-87; L. Domański, *Instytucje kodeksu zobowiązań. Część ogólna*, 1936, s. 364 - 365.

<sup>14</sup> Por. Orzeczenie GKA z dn. 10 III 1970 (BO-1645/70), PUG, 1970, nr 11, poz. 825; orzeczenie GKA z dn. 23 V 1968 (1-4610/68), Informacja Prawnicza, 1968 11, dz. I, poz. 12.

przedstawia się identycznie jak wszystkich innych umów w obrocie uspołecznionym. Natomiast, gdy strony poprzedziły zawarcie umowy przedwstępnej rokowaniami, wówczas powstaje zagadnienie, czy przepis art. 72 k.c. znajdzie w pełni zastosowanie do zawierania umów przedwstępnych w drodze rokowań w obrocie uspołecznionym. Wątpliwości rodzą się stąd, że przepis art. 389 k.c. wymaga, dla ważności umowy przedwstępnej, określenia jedynie istotnych postanowień umowy przyrzeczonej (oraz wyznaczenia terminu do jej zawarcia). Sformułowanie przepisu art. 389 k.c. skłaniałoby do wniosku, że porozumienie się co do istotnych postanowień umowy przyrzeczonej byłoby warunkiem wystarczającym aby powstała więź obligacyjna. Natomiast przepis art. 72 k.c. stawia znacznie ostrzejsze rygory. Z zestawienia powyższych przepisów już na pierwszy rzut oka widać, że przepis art. 72 k.c. nie może mieć zastosowania w całej rozciągłości do zawierania umów przedwstępnych w drodze rokowań w obrocie uspołecznionym.

Gdyby przyjąć, że art. 72 k.c. znajduje zastosowanie przy zawieraniu umów przedwstępnych w drodze rokowań bez ograniczeń, wówczas dla ich zawarcia konieczne byłoby porozumienie się co do wszystkich w ogóle postanowień umowy przyrzeczonej objętych rokowaniami przy zawieraniu umowy przedwstępnej. Takie stanowisko byłoby zbyt daleko idące, gdyż obie umowy pod względem treści niczym by się nie różniły. Powszechnie<sup>15</sup> zaś przyjmuje się, że umowa przedwstępna pod względem kompletności regulacji umownej jest uboższa aniżeli umowa przyrzeczona. Uważa się<sup>16</sup>, że umowa przyrzeczona musi być wystarczająco określona w umowie przedwstępnej, tzn. powinna zawierać taką miarę określoności, że w przypadku sporu jej treść może zostać ustalona w drodze »wykładni postanowień umowy przedwstępnej. Z powyższych względów przyjmując należy, że art. 72 k.c. nie znajduje zastosowania w całej rozciągłości do zawierania umów przedwstępnych w drodze rokowań w obrocie uspołecznionym. Sądzę natomiast, że pomiędzy przepisami art. 389 k.c. oraz art. 72 istnieje stosunek pod- i nadrzędności tego rodzaju, że cały zakres hipotezy przepisu 389 k.c. (*lex specialis*) mieści się w zakresie hipotezy przepisu 72 k.c. (*legis generali*), czyli że hipoteza normy podrzędnej zawiera wszystkie elementy hipotezy normy nadrzędnej, jednakże z uwagi na pewne elementy dodatkowe, nie znajdzie zastosowania do powyższej

<sup>15</sup> Por. W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin — Heidelberg — New York 1965, s. 614 - 615; E. Drozd, *Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona*, NP, 1973, nr 11, s. 1564 - 1568; D. Henrich, *Vorvertrag. Optionsvertrag. Vorrechtsvertrag*, Berlin 1965, s. 113-118; J. Gwiazdomorski, *Umowa przedwstępna w kodeksie zobowiązań*, Czasopismo Prawnicze i Ekonomiczne, t. XXX, 1936, s. 443.

<sup>16</sup> W. Flume, op. cit., s. 614 - 615; E. Drozd, op. cit., s. 1564; D. Henrich, op. cit., s. 117 - 118; J. Gwiazdomorski, op. cit., s. 442 - 443.

sytuacji reguła *lex specialis derogat legi generali*<sup>17</sup>. Przyjąć należy, że przepis art. 389 k.c. jest przepisem *lex specialis* w stosunku do przepisu art. 72 k.c. (*legis generali*), jednakże nie wyłącza jego zastosowania, lecz oba zbiegające się przepisy znajdują zastosowanie kumulatywne do zawierania umowy przedwstępnej.

Stosując kumulatywnie oba zbiegające się przepisy, sędzę, że do zawarcia umowy przedwstępnej wystarcza uzgodnienie wszystkich istotnych postanowień umowy przyrzeczonej, a nie wszystkich w ogóle postanowień tej umowy, które strony uczyniły przedmiotem rokowań przy zawieraniu umowy przedwstępnej<sup>18</sup>. A zatem gdy strony osiągnęły porozumienie co do niektórych tylko istotnych postanowień umowy przyrzeczonej, to porozumienia tego nie można w tym wypadku traktować jako umowy przedwstępnej (art. 389 w zw. z art. 72 k.c.). Będzie to tzw. punktacja<sup>19</sup>, która na gruncie przepisów kodeksu cywilnego nie ma charakteru wiążącego.

### III

Jak już poprzednio wspomniano, treść umowy przedwstępnej jest najczęściej uboższa od treści umowy przyrzeczonej. Umowa przedwstępna określa bowiem tylko ogólne ramy dla treści umowy przyrzeczonej. Strony zawierające umowę przyrzoną — w wykonaniu zobowiązania wynikającego z umowy przedwstępnej — mogą ograniczyć się do zamieszczenia w niej treści wyznaczonej przez umowę przedwstępną, mogą też wypełnić umowę przyrzoną bardziej szczegółowymi postanowieniami.

Jeżeli chodzi o problematykę szczegółowego- „wypełniania” treści umowy przyrzeczonej w ramach zakreślonych treścią umowy przedwstępnej, to należy zastanowić się, jaką funkcję spełnia w tym zakresie przepis art. 72 k.c. Wydaje się, że w sytuacji, gdy strony prowadzą rokowania co do poszczególnych postanowień umowy przyrzeczonej (np. *naturalia negotii*) nie objętych treścią umowy przedwstępnej, to przepis art. 72 k.c. nie znajdzie wówczas zastosowania<sup>20</sup>. Wyłączenie zastosowania art. 72 k.c. w procesie zawierania umów przyrzeczonych w drodze rokowań odnosi się zarówno do umów pomiędzy jednostkami gospodarki społecznej, jak i umów w prawie obligacyjnym poza obrotem społecznym. Sta-

<sup>17</sup> Por. A. Wolter, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, s. 87 - 88; A. Ohanowicz, s. 45 i nast.

<sup>18</sup> W tej kwestii podzielam pogląd E. Drozda. Jednakże nasza argumentacja różni się. S. Drozd, op. cit., s. 1565.

<sup>19</sup> Por. literaturę wymienioną w przypisie 13, a zwłaszcza D. Henricha, op. cit., s. 100 - 108.

<sup>20</sup> Por. E. Drozd, op. cit., s. 1567. Autor prezentuje stanowisko, że w sytuacji, gdy strony prowadzą pertraktacje co do szczegółów umowy przyrzeczonej, wówczas art. 72 k.c. nie znajduje zastosowania.

nowisko takie uzasadnione jest tym, że dyspozycja przepisu art. 72 k.c. nie odpowiada sytuacji prawnej stworzonej przez umowę przedwstępną.

Przepis art. 72 k.c. — jak już nadmieniono — wymaga do uznania umowy za zawartą uzgodnienia wszystkich postanowień będących przedmiotem rokowań. Gdybyśmy przyjęli, że będzie on miał zastosowanie przy zawieraniu umowy przyrzeczonej wówczas stanowiłoby to potężną „broń” w ręku strony, która z tych czy innych powodów nie chce zawrzeć Umowy stanowczej. Strona nie zainteresowana w zawarciu umowy przyrzeczonej mogłaby przedstawić kontrahentowi różne warunki, co do których z góry byłoby wiadomo, że nie mogą one być przez niego przyjęte. W konsekwencji na skutek braku zgody umowa przyrzeczona nie dochodziłaby do skutku. Ponadto strona nielojalna mogłaby przedłużać sztucznie rokowania przez stawianie różnych nowych warunków, co do których wymagana byłaby zgoda kontrahenta aby umowa stanowcza doszła do skutku. Podkreślić należy, że przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym do zawarcia umowy przyrzeczonej konieczne jest uzgodnienie wszystkich postanowień będących przedmiotem rokowań, mogłoby poważnie wpłynąć na ograniczenie znaczenia umów przedwstępnych.

Z powyższych względów przyjąć należy, że w sytuacji, gdy strony prowadzą pertraktacje co do zawarcia umowy przyrzeczonej, dochodzi ona do skutku wówczas, gdy kontrahenci osiągnęli porozumienie w zakresie wszystkich postanowień istotnych określonych umową przedwstępną. Jeżeli przedmiotem pertraktacji były jeszcze inne postanowienia szczegółowe umowy przyrzeczonej, a co do których strony nie osiągnęły porozumienia, to w tym zakresie treść umowy przyrzeczonej uzupełniona zostaje odpowiednimi dyspozytywnymi przepisami ustawy. Posiłkowo w grę mogą wejść ustalone zwyczaje, zasady współżycia społecznego (art. 56 k.c.) niekiedy nawet regulaminy, warunki i wzory umów.

Rozważając problematykę szczegółowego uzupełniania treści umowy przyrzeczonej należy wskazać, że mogą zaistnieć sytuacje, gdy jedna ze stron prowadzących pertraktacje co do zawarcia umowy przyrzeczonej wyraźnie oświadcza, że nie kwestionuje postanowień istotnych umowy przyrzeczonej, jednakże dopóki nie zostaną uzgodnione pozostałe postanowienia będące przedmiotem rokowań, to umowy przyrzeczonej nie zawrze. W tych przypadkach można uznać, że do momentu nieuzgodnienia wszystkich postanowień objętych pertraktacjami stron umowa przyrzeczona nie dochodzi do skutku. Pogląd taki *a contrario* uzasadniony byłby tym, że przepis art. 72 k.c. ma charakter dyspozytywny i strony mogą przyjąć inny moment co do uznania umowy za zawartą. Jeżeli tak wyraźnie uczyniły, to tym samym wyłączyły w tej kwestii stosowanie przepisu art. 72 k.c. Powyżej mielibyśmy sytuację odwrotną, odpowiadającą w pełni dyspozycji art. 72 k.c., gdy strona (lub strony) wyraźnie uzależnia zawarcie umowy przyrzeczonej od uzgodnienia wszystkich postanowień będących przedmiotem rokowań, a nie tylko postanowień istotnych.

Jeżeli strony nie mogą porozumieć się co do pozostałych postanowień umowy przyrzeczonej, wówczas stronie uprawnionej przysługuje prawo dochodzenia przed sądem lub komisją arbitrażową zawarcia umowy przyrzeczonej, chyba że umowa przedwstępna nie czyni zadość 'wymaganiom, od których zależy ważność umowy przyrzeczonej (art. 390 § 2). Prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek strony złożenia oznaczonego oświadczenia woli ma charakter konstytutywny, zastępuje bowiem to oświadczenie, ustalając zarazem treść umowy przyrzeczonej (art. 64).

Odnośnie<sup>1</sup> do przedstawionej powyżej sytuacji można prezentować jeszcze inne stanowisko. W myśl zasady *venire contra factum proprium* takie oświadczenie strony, że mimo jej zgody w zakresie postanowień istotnych umowy przyrzeczonej, umowy tej nie zawrze do czasu niezgodnienia pozostałych postanowień, pozbawione jest znaczenia prawnego, jako sprzeczne z jej poprzednim oświadczeniem, iż zgadza się co do postanowień istotnych, które zgodnie z prezentowanym stanowiskiem, że art. 72 k.c. nie obowiązuje przy zawieraniu (umowy przyrzeczonej, jest (warunkiem wystarczającym do zawarcia umowy przyrzeczonej. Umowa przyrzeczona doszłaby zatem do skutku już z chwilą oświadczenia się stron co do wszystkich postanowień istotnych, natomiast ciężar uzupełnienia pozostałych postanowień spoczywałby na organie stosującym prawo, który powinien kierować się ustaleniami stron; w ich braku należałoby zastosować odpowiednie przepisy dyspozytywne ustawy (w grę mogą też wejść zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje). W wypadku wyrażonego lub nawet dorozumianego wyłączenia przez strony zastosowania dyspozytywnych przepisów ustawy i w braku wprowadzenia w ich miejsce odmiennych uregulowań przez strony, należałoby przyznać organowi stosującemu prawo pewną swobodę w tym zakresie.

#### IV

Z problematyką szczegółowego uzupełniania treści umowy przyrzeczonej łączy się kwestia dochodzenia jej zawarcia. Obowiązujące w obrocie uspołecznionym przepisy prawne uważają spory o zawarcie umowy przyrzeczonej w umowie przedwstępnej za spory przedumowne, do których stosuje się dyspozycje art. 397 - 404 k.c.<sup>21</sup> Tego rodzaju unormo-

<sup>21</sup> Por. przepis § 14 ust. 1 uchwały nr 192 RM z dn. 3 VIII 1973. W sprawie umów sprzedaży oraz umów dostawy między jednostkami gospodarki uspołecznionej w związku z przepisem § 8 ogólnych warunków umów sprzedaży oraz umów dostawy stanowiących jej załącznik (MP. nr 36, poz. 218); § 20 ust. 3 ogólnych warunków umów o realizację inwestycji i o wykonanie remontów budowlanych stanowiących załącznik do zarządzenia ministra budownictwa i PMB z dn. 8 IV 1974 (MP. nr 14, poz. 94); § 4 ust. 2 ogólnych warunków umów o generalne dostawy, stanowiących załącznik do zarządzenia ministra finansów z dn. 24 XII 1974 r. w sprawie ogólnych warunków umów o generalne dostawy maszyn i urządzeń w obrocie krajowym między jednostkami gospodarki uspołecznionej (MP. nr 42, poz. 262).

warnie wskazywałyoby tym samym na wyłączenie zastosowania art. 72 k.c. w procesie zawierania umów przyrzeczonych w drodze rokowań.

Można mieć wątpliwości co do słuszności przyjętego kierunku uregulowania sporów o zawarcie umowy przyrzeczonej jako sporów przedumownych i poddania ich reżimowi art. 397 - 404 k.c., zwłaszcza jeżeli zważy się, że 'niektóre przepisy ze względu na zupełnie odmienne dyspozycje nie mogą być tu w ogóle brane w rachubę. Dotyczy to w szczególności przepisu art. 400 k.c., który reguluje kwestię milczącego przyjęcia oferty. Przepis ten dość niejasno sformułowany daje podstawę do wątpliwości, czy może mieć zastosowanie do zawierania umowy przyrzeczonej w wypadku, gdy strona zobowiązana z umowy przedwstępnej nie odpowiada na złożoną ofertę jednostki uprawnionej i czy w tych wypadkach można uznać milczenie za przyjęcie oferty, a w konsekwencji dopuścić milczące zawarcie umowy przyrzeczonej. Sądzę, że przepis art. 400 nie może znaleźć zastosowania do zawierania umów przyrzeczonych, a to ze względu na tę okoliczność, że jego dyspozycja pozostawałaby w rażącej sprzeczności z dyspozycją przepisu art. 390 § 2 k.c., który dopuszcza prawo dochodzenia przed sądem lub komisją arbitrażową zawarcia umowy przyrzeczonej w wypadku odmowy jej zawarcia przez stronę zobowiązaną.

Podobnych wątpliwości rodzi się więcej, zwłaszcza jeżeli porówna się konstrukcję aktu administracyjnego jako zdarzenia prawa cywilnego z konstrukcją *pacti de contrahendo* przyjętą w art. 389 k.c. oraz cel społeczno-gospodarczy obu instytucji będących źródłem obowiązku zawarcia umowy. Akt administracyjny tworzy zobowiązanie oraz odpowiadające mu roszczenie. Obowiązek zawarcia umowy może obciążać jedną lub obie strony. Konstrukcja odpowiada w pełni konstrukcji *pacti de contrahendo* unormowanej w art. 389 k.c. Stosunek płynący z *pactum de contrahendo* — jak słusznie zwrócono uwagę w doktrynie<sup>22</sup> — jest modelem stosunku uregulowanego w art. 397 - 402 k.c. Jednakże powstającej sytuacji nie można utożsamiać ze skutkami zawarcia umowy przedwstępnej, gdyż obowiązujące przepisy prawa są całkowicie odmienne nie tylko wtedy, gdy chodzi o źródło zobowiązania (w jednym wypadku — decyzja administracyjna, w drugim — umowa), lecz także co do skutków tego zobowiązania.

Z aktu administracyjnego jako zdarzenia prawa cywilnego wynikają nie tylko zobowiązania ale i obowiązki administracyjnoprawne. Powstaje zarówno zobowiązanie jak i administracyjno prawny obowiązek zawarcia umowy<sup>23</sup>. Czyli mówiąc inaczej akt administracyjny tworzący zobowiązanie złożenia odpowiedniego oświadczenia woli, tworzy tym samym administracyjnoprawny obowiązek złożenia tego oświadczenia woli. Stwier-

<sup>22</sup> S. Grzybowski, *Akt administracyjny jako źródło stosunków obligacyjnych*, PiP, 1966, nr 9, s. 273; S. Grzybowski, *Stosunki cywilnoprawne powstające w związku z aktem administracyjnym*, ZPP, Katowice 1969/70, s. 15.

<sup>23</sup> S. Grzybowski, op. cit. s. 265 i 274 oraz S. Buczkowski w *Komentarzu do k.c.*, t. II, s. 943.

dzenie tego rodzaju ma poważnie znaczenie- dla analizy samego aktu administracyjnego, jego treści i skutków prawnych oraz dla oceny stosunku między odpowiednim organem administracji a określoną osobą prawną, do której jest adresowany i na której ciąży zobowiązanie.

Sytuacja różni się, tak znacznie od modelu z art. 389 k.c., że trudno byłoby przyjąć rozwiązanie podane w art. 390 k.c. i zastosować je do (sytuacji stworzonej przez akt administracyjny. Szczegółowe dyspozycje zawarte w przepisach art. 397 - 402 k.c. regulują powstające zagadnienia tak wyczerpująco, że zbyteczne jest „odwoływanie się” do postanowień art. 389 i 390 k.c.<sup>24</sup> Natomiast przy ocenie sytuacji stworzonej przez *pactum de contrahendo* należy wziąć pod uwagę, że dla realizacji skutku silniejszego (roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej — 390 § 2 k.c.) przewidziany jest specjalny tryb w przepisach o postępowaniu przed sądami i państwowymi komisjami arbitrażowymi dla 'wymuszenia oświadczenia woli (por. w szczególności art. 1047 k.p.c.) i kodeks cywilny nie zawiera w tym kierunku żadnych szczególnych przepisów. Orzeczenie sądu lub komisji arbitrażowej stwierdzające obowiązek dłużnika zastępuje jego oświadczenie (art. 64 oraz 1047 k.p.c.). Oczywiście orzeczenie wydane na podstawie art. 64 k.c. nie może stwierdzać zawarcia umowy przyrzeczonej i zastępować jej. Stwierdza ono jedynie obowiązek jednej ze stron złożenia oznaczonego oświadczenia woli. Ustawa stwarza fikcję prawną, że z chwilą prawomocności orzeczenia sądowego złożone zostało oświadczenie woli strony zobowiązaniowej. W konsekwencji będzie to jednocześnie moment zawarcia umowy, jeżeli pozew strony uprawnionej uznać za jej oświadczenie woli<sup>25</sup>.

Tryb realizacji roszczenia o zawarcie umowy przyrzeczonej wynikającego z *pactum de contrahendo* różni się, jak widać, od trybu dochodzenia roszczenia o zawarcie umowy, którego materialnoprawną podstawą jest akt administracyjny (art. 397 k.c. i nast.). Mając na uwadze powyższe różnice oraz podniesione już poprzednio różnice pomiędzy rozpatrywanymi konstrukcjami w zakresie źródeł zobowiązania oraz ich skutków, należy stwierdzić, że traktowanie sporów o zawarcie umów przyrzeczonych w umowach przedwstępnych w obrocie społecznym jako spory przedumowne, nie znajduje oparcia w przepisach kodeksu cywilnego. Obowiązujące w obrocie społecznym przepisy prawne, zmieniające tryb przewidziany dla dochodzenia zawarcia umów przyrzeczonych w umowach przedwstępnych, pozostają w sprzeczności z postanowieniami art. 390 k.c. Podkreślić przy tym należy, że odmienną uregulowanie trybu dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej w umowie przedwstępnej w obowiązujących przepisach z zakresu obrotu społecznego nie opiera się na

<sup>24</sup> S. Grzybowski, op. cit. s. 273.

<sup>25</sup> B. Dobrzański w *Komentarzu do k.p.c.* t. II, 1969, s. 1339, uwagi do art. 1047 k.p.c. oraz M. Piekarski w *Komentarzu do k.c.* t. I, s. 183, uwagi do art. 64 k.c.

delegacji art. 2 k.c. Sądzę, że tego rodzaju odstępstwo od trybu przewidzianego w art. 390 k.c. dla dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej wymagałoby wyraźnego powołania się na przepis art. 2 k.c, który zawiera upoważnienie do odmiennego regulowania stosunków obrotu między jednostkami gospodarki uspołecznionej, gdy wymaga tego konieczność gospodarcza. W interesującej nas kwestia — jak już wspomniano — nie powołano się na art. 2 k.c. jako podstawę do uregulowania trybu zawarcia umów przyrzeczonych w umowach przedwstępnych w stosunkach między j.g.u., w sposób odmienny aniżeli czyni to art. 390 k.c.

Dlatego też należy przyjąć — zarówno w obrocie uspołecznionym jak i w prawie obligacyjnym poza obrotem uspołecznionym, że w wypadku odmowy zawarcia umowy przyrzeczonej stronie uprawnionej przysługuje prawo dochodzenia jej zawarcia przed sądem lub komisją arbitrażową (art. 390 § 2 k.c.) i prawomocne orzeczenie zapadłe w procesie zastępuje zawarcie umowy przyrzeczonej (art. 64 k.c. i art. 1047 k.p.o.).

## QUELQUES CONSIDÉRATIONS SUR LA CONCLUSION DES CONTRATS DANS LE TRAFIC SOCIALISÉ

(Remarques concernant l'art. 72 du code civil)

### Résumé

En comparaison avec le code d'obligations (art. 61) et avec l'art. 56 des dispositions générales prévues par la loi civile de 1950, le code civil apporte dans l'art. 72 une modification importante en ce qui concerne le moment à partir duquel le contrat peut être reconnu comme conclu. Conformément >à l'art. 72, les négociations aboutissent à la conclusion du contrat lorsque les parties parviennent à se mettre d'accord sur tous les points discutés (*essentialia, accidentalia et naturalia negotii*).

Ce qui intéresse les présentes considérations c'est de savoir dans quelle mesure l'art. 72 du code civil oblige dans la conclusion des contrats relevant du trafic socialisé. Le problème se présente différemment selon qu'il est question des contrats que les parties ou bien un acte administratif imposent de conclure ou s'il s'agit d'un contrat non imposé.

Dans le cas de contrats conclus par suite de la décision administrative d'une unité supérieure compétente (contrats dirigés), l'art. 72 du code civil n'est pas applicable; il existe des dispositions spéciales en matière de contrats dirigés spécifiées dans les art. 397 - 404 du code civil.

L'ensemble des normes que contiennent les art. 397 - 404 sont *lex specialis* par rapport aux normes générales sur la conclusion des contrats formulées dans les art. 69, 71 et 72 du code civil (*lex generalis*); conformément au principe *lex specialis derogat lex generali*, les premières excluent les secondes dans la cas de contrats dirigés dans le trafic socialisé.

Par contre, là où il s'agit de contrats non dirigés entre différents établissements socialisés, là où le devoir de conclure le contrat n'est imposé par aucun acte administratif, l'art. 72-du code civil est pleinement en vigueur.

Quelque peu spécifique s'avère dans le trafic socialisé, la manière de conclure les avants-contrats (*pactum de contrahendo*) dans le cas où ceux-ci sont précédés de négociations. Le problème se pose alors si l'art. 72 du code civil peut être applicable

étant donné que l'art. 389 du même code ne fait dépendre la validité de l'avant-contrat que de la précision des décisions essentielles du contrat principal et de la date de la conclusion de celui-ci. Sur le terrain des décisions du code civil, il convient d'admettre que la loi formulée par l'art. 389 est *lex specialis* par rapport à celle que précise l'art. 72 (*lex generalis*); la première n'exclut pas pour autant la seconde, mais cumulées elles trouvent toutes les deux leur application dans la conclusion de l'avant-contrat.

Le cumul des deux lois en question permet de conclure l'avant-contrat du moment où l'accord serait acquis sur tous les points essentiels du contrat principal; par contre, n'est pas obligatoirement nécessaire l'accord au sujet de toutes les décisions du contrat qui aurait été l'objet de négociations entreprises par les parties en vue de l'établissement de l'avant-contrat.

Deux problèmes restent en outre en rapport avec l'ensemble des questions que pose la conclusion des avant-contrats: celui de „remplir” progressivement le contenu du contrat principal selon les limites imposées par l'avant-contrat et celui de la fonction que doit exercer en la matière la loi formulé par l'art. 72 du code civil. Dans la situations où les parties poursuivent les négociations sur les points particuliers du contrat principal (p. ex. *naturalia negotii*) non compris dans le contenu de l'avant-contrat, la loi de l'art. 72 n'est pas applicable. L'exclusion de l'application de l'art. 72 dans le processus de l'établissement des contrats principaux comme suite d'une obligation résultant de l'avant-contrat trouve sa justification dans le fait que la disposition de l'art. 72 ne correspond pas à la situation juridique créée par l'avant-contrat.

Au problème de complément du contenu du contrat principal se lie directement celui de prétention en vue de la conclure. Les dispositions juridiques en vigueur dans le trafic socialisé considèrent les litiges au sujet de la conclusion du contrat principal à l'étape de l'avant-contrat, comme litiges précontractuels et, en tant que tels, delevant des dispositions des art. 397 - 404 du code civil. Une telle solution ne saurait être maintenue sur le terrain de l'art. 390 du code civil.