

**Andrzej Saniewski**

**Bolesław Meluch**

## **Bezpieczeństwo przedpłat nabywców w transakcjach deweloperskich<sup>1</sup>**

### **I. Wprowadzenie**

Specyficzne warunki działania polskiego rynku mieszkaniowego (m. in. brak uregulowań prawnych działalności deweloperskiej, ograniczone finansowanie deweloperów przez banki, nierównowaga popytu i podaży na rynku pierwotnym) doprowadziły do sytuacji, że finansowanie rozwoju pierwotnego rynku mieszkaniowego w Polsce oparte jest głównie o kredyty udzielone klientom indywidualnym. Kredyty na projekty deweloperskie stanowią nieduży fragment rynku finansowania nieruchomości mieszkaniowych, co powoduje, że ryzyko niepowodzenia projektów deweloperskich jest ponoszone głównie przez przyszłych nabywców mieszkań, którzy finansują budowę swoimi wpłatami na rachunek dewelopera. Taki model działania rynku mieszkaniowego budzi uzasadnione obawy wielu ekspertów co do możliwości zapewnienia długoterminowego stabilnego rozwoju.

Brak właściwej ochrony praw nabywców mieszkań prowadzi również do powstania pewnych patologicznych zjawisk na rynku mieszkaniowym, do których zaliczyć należy:

- naruszanie praw nabywców przez firmy deweloperskie.

Klienci banków wskazują na brak podstawowych informacji o firmie prowadzącej budowę mieszkań, trudności w zawieraniu umów z deweloperami i brakiem możliwości kontroli środków wpłacanych przez nabywców.

- niski poziom kapitału i środków własnych deweloperów

Nie wszyscy deweloperzy są przygotowani do realizacji przedsięwzięć budowlano-mieszkaniowych, realizując nieraz po kilka inwestycji jednocześnie bez odpowiedniego zaplecza finansowego, co w przypadku trudności z pozyskaniem finansowania od swoich klientów może doprowadzić ich do bankructwa, oraz

- obawy klientów i banków dotyczące bezpieczeństwa wpłaconych środków

Obawy podnoszone są w pytaniach, czy niektóre firmy deweloperskie swoimi działaniami nie narażają osób fizycznych na ryzyko utraty zainwestowanych przez nie w budowę mieszkań swoich długoletnich oszczędności. Zdarzają się sytuacje, kiedy deweloperzy nie przeznaczają pieniędzy swoich klientów na budowę mieszkań, o których jest mowa w umowie. W wielu przypadkach banki nie mają pełnej kontroli nad finansowaniem takich projektów budowlanych i sposobem wykorzystania przez dewelopera wpłaconych środków.

Upadłość znacznej liczby firm deweloperskich stanowi duże zagrożenie dla dalszego stabilnego rozwoju rynku mieszkaniowego. Po pierwsze, może spowodować znaczący spadek zaufania klientów i banków do firm deweloperskich, co odbije się na spadku sprzedaży mieszkań i ograniczeniu dalszego finansowania deweloperów. Po drugie, ta sytuacja może spowodować wprowadzenie nowych regulacji, które mogą mocno ograniczyć rozwój rynku mieszkaniowego. Dlatego też w interesie wszystkich uczestników tego rynku - deweloperów, banków, firm ubezpieczeniowych oraz klientów, jest uniknięcie takiej sytuacji i pilne wprowadzenie rozwiązań i instrumentów, które w znacznym stopniu chroniłyby uczestników rynku przed spodziewanymi trudnościami związanymi z mało wiarygodnymi firmami deweloperskimi.

W związku z powyższym, z inicjatywy postów Platformy Obywatelskiej przygotowano projekt Ustawy, który nosi datę 22 kwietnia 2011 r. W dniu 30 czerwca 2011 r. Komisja Infrastruktury

---

<sup>1</sup> Artykuł ukazał się w kwartalniku Finansowanie Nieruchomości, 3/2011

powołała Podkomisję Nadzwyczajną do prac nad projektem tej ustawy. Jednocześnie przyjęto, iż w przypadku nadania projektowi przygotowanemu przez posłów PiS numeru druku sejmowego, oba projekty będą procesowane równocześnie.

## **II. Istniejące regulacje prawne dla rachunków powierniczych<sup>1</sup>**

Rachunek powierniczy wprowadzony został w art. 59 Prawa bankowego nowelizacją z dnia 1 kwietnia 2004 r. Reguluje on kwestie związane z uprawnieniami stron zakładających rachunek bankowy, dotychczas podlegające swobodzie kontraktowania (art. 353<sup>1</sup> k.c.).

Konstrukcję rachunku powierniczego oparto o umowę o prowadzenie rachunku powierniczego, zawartą między bankiem i powiernikiem, który jest posiadaczem konta oraz o umowę zawartą między osobą trzecią i powiernikiem (umowa powiernicza), która jest podstawą do wpłacania przez powierzającego pieniędzy na konto powiernicze.

Ustawodawca postawił wymóg, aby środki znajdujące się na rachunku powierniczym mogły pochodzić jedynie z majątku powierzającego, co pozwala na przywilej polegający na tym, iż te środki nie podlegają zajęciu w drodze egzekucji, są wyłączone z masy upadłościowej, jak również nie wchodzi do masy spadkowej po zmarłym posiadaczu rachunku. Skutki te wystąpią jedynie w przypadku zawarcia umowy powierniczej z datą pewną, czyli z datą zawarcia umowy przed dokonaniem wpłaty środków.

Rachunek powierniczy jest jednym z rachunków bankowych, co powoduje, iż będą miały do niego zastosowanie ogólne przepisy z 3 rozdziału o rachunkach bankowych Prawa bankowego oraz przepisy kodeksu cywilnego o umowie rachunku bankowego (art. 725-733).

Zgodnie z art. 59 ust. 2 stronami umowy rachunku powierniczego są bank i posiadacz rachunku (powiernik). Informacje, kto jest stroną umowy rachunku bankowego - w tym również rachunku powierniczego - można wywieść z art. 50 Pr. b., jak również art. 725 k.c. Tym samym ustawodawca powtórzył tę oczywistą rzecz, nie wprowadzając jednocześnie np. osoby trzeciej, jako powiernika stosunku prawnego pomiędzy powierzającym i korzystającym z tych środków. Wprowadzono do ustawy Prawo bankowe nowe pojęcie, jakim jest powiernik, ale powiernikiem jest osoba korzystająca z tych środków, a nie osoba zaufania publicznego, której zadaniem mogłoby być czuwanie nad wypełnieniem przez strony umowy powierniczej.

Zgodnie z art. 52 ust. 2 pkt 2 Pr. b., umowa rachunku bankowego powinna określać rodzaj otwieranego rachunku. Strony muszą zdecydować o rodzaju otwieranego rachunku już w momencie podpisywania umowy. W przypadku ukrycia przez posiadacza rachunku jego powierniczego charakteru, bank będzie go traktował jako zwyczajny rachunek, tzn. rachunek własny powiernika.

Ważną konsekwencją określenia rachunku jako powierniczego jest domyślne zrzeczenie się części swoich uprawnień przez bank. Chodzi w szczególności o uprawnienie do potrącenia swojej wierzytelności, zarówno na podstawie prawa bankowego (art. 93), jak i kodeksu cywilnego (art. 498), jak również wszczęcia postępowania egzekucyjnego wierzytelności wynikającej z innego stosunku prawnego niż umowa rachunku powierniczego.

Bank tylko w niewielkim zakresie ma obowiązek i prawo sprawdzać, skąd pochodzą wpłacane pieniądze - chodzi o obowiązki nałożone na niego w art. 8 i 9 ustawy o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego wartości majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowania terroryzmu.

Bank nie może wypłacić pieniędzy osobie trzeciej bez polecenia posiadacza, chociażby ta osoba twierdziła, że do niej należą, ani wykonać jej dyspozycji. Dla banku, zgodnie z art. 725 k.c., to posiadacz rachunku jest ich ostatecznym właścicielem. Osoby trzecie, twierdzące, że środki pochodzą od nich i powinny do nich powrócić, a tylko czasowo znalazły się na rachunku posiadacza, będą musiały albo zdać się na jego dobrą wolę do momentu, aż rozporządzi pieniędzmi znajdującymi się na koncie, aby im je zwrócić, albo w przypadku konfliktu z posiadaczem rachunku, skorzystać z drogi sądowej i wytoczyć powództwo o

zajęcie wierzytelności przysługującej posiadaczowi rachunku w stosunku do banku, po czym w drodze egzekucji ściągnąć je z rachunku bankowego.

Rachunek powierniczy zawarty w art. 59 Prawa bankowego w pewnym stopniu modyfikuje uprawnienia powiernika względem środków znajdujących się na koncie. Bank jest formalnym właścicielem środków pieniężnych zgromadzonych na rachunku powierniczym, a posiadaczowi przysługuje wyłączne władztwo, to żeby jego dyspozycje mogły być zrealizowane przez bank, najpierw muszą zostać spełnione określone warunki zawarte w umowie rachunku powierniczego. Dopiero wtedy może on wydać zlecenie przelewu pieniędzy, albo żądać wypłaty ich do rąk własnych, czy też zwrotu powierzającemu, jeżeli tak został ułożony stosunek powierniczy.

Ust. 3 art. 59 ustawy Prawo bankowe. wskazuje na nieadekwatność uregulowania, ponieważ to nie powierzający, ale powiernik będący posiadaczem rachunku formułuje w umowie zawartej z bankiem warunki z ust. 3. Konsekwencją tak ukształtowanego przepisu jest przeniesienie zaufania z powiernika na bank, co w rezultacie jest w sprzeczności z tradycją fiducji (*vide* prawo rzymskie), a zawsze było podstawą stosunku powiernictwa, gdzie powierzenie powiernikowi pieniędzy następowało właśnie ze względu na zaufanie, jakim się go darzy. Według uregulowań ust. 3 to bank jest obdarowany zaufaniem i stoi na straży prawidłowości dysponowania środkami znajdującymi się na rachunku powierniczym i to od jego oceny zależy, czy pieniądze zostaną wypłacone powiernikowi, albo wykonane jego dyspozycje w zakresie wykorzystania środków pieniężnych.

Odmiennosc rachunku powierniczego polega także na tym, iż powierzającego z bankiem nie łączy żaden stosunek obligacyjny, a powierzenie pieniędzy następuje na mocy umowy powierniczej. W związku z tym powierzający nie może żądać od banku ani wypłaty środków, ani wydawać dyspozycji co do wykorzystania pieniędzy znajdujących się na rachunku. Nawet, gdyby takie polecenia wydał, to bank nie będzie mógł ich zrealizować, ponieważ jest związany postanowieniami umowy rachunku powierniczego i to one są dla niego obowiązujące. Gdyby dokonał rozporządzenia wbrew zawartym uzgodnieniom z powiernikiem, ponosiłby odpowiedzialność za nienależyte wykonanie umowy rachunku powierniczego z art. 471 k.c. Natomiast w sytuacji odwrotnej, gdyby bank, wykonując dyspozycje powiernika, działał wbrew umowie powierniczej, ale zgodnie z umową rachunku powierniczego, nie ponosiłby żadnej odpowiedzialności. Nie zmieniłby nawet tego fakt, gdyby znana mu była umowa powiernicza, co może nie wystąpić ze względu na brak obowiązku ujawniania umowy powierniczej przez strony przy otwieraniu rachunku.

Ewentualne roszczenia odnośnie środków znajdujących się na koncie, jak również związane z naruszeniem umowy powierniczej, powierzający będzie musiał realizować, występując z żądaniami wobec powiernika, albo zajmując wierzytelności, jakie posiadaczowi rachunku przysługują w stosunku do banku.

Jednocześnie powiernik nie jest już postrzegany przez bank jako ostateczny właściciel środków znajdujących się na rachunku powierniczym. W tej kwestii postanowienia art. 59 ustawy Prawo bankowe należy traktować jako *lex specialis* art. 725 k.c. To powierzający jest ekonomicznym właścicielem pieniędzy zgromadzonych na koncie, ponieważ pochodzą z jego majątku. Dlatego też po zakończeniu stosunku powierniczego, wskutek realizacji zadania, do jakiego się zobowiązał, albo z innego powodu, powiernik jest zobowiązany do rozliczenia się z powierzającym w ten sposób, że zwróci mu całość powierzonych pieniędzy, albo ich część. Natomiast w przypadku dewelopera (powiernika), zgodnie z umownymi ustaleniami, może chodzić o przeniesienie własności nieruchomości na powierzającego, a gdyby z jakichś względów nie było to możliwe, zwrotu pieniędzy.

### III. Główne założenia projektu Ustawy<sup>ii</sup>

Projekt ustawy, według zapewnień pona sprarozdawcy, uzyskał pozytywne opinie UOKiK, Ministerstwa Sprawiedliwości i Ministerstwa Infrastruktury, ale nie jest gotowe stanowisko rządowe.

Projekt ma na celu:

- określenie praw i obowiązków stron umowy deweloperskiej,
- określenie środków ochrony nabywców lokalu w danym przedsięwzięciu deweloperskim, w tym:
  - zasad prowadzenia otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego
  - zasad zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego
- uregulowanie warunków gwarancji bankowej
- uregulowanie warunków umowy ubezpieczeniowej związanej z przedsięwzięciem deweloperskim
- uregulowanie zasad prowadzenia upadłości wobec dewelopera lub banku.

Przepisy ustawy będą miały zastosowanie także do umów o budowę lokalu zawieranych przez spółdzielnię mieszkaniową z członkiem ubiegającym się o ustanowienie odrębnej własności lokalu.

Projekt ustawy wprowadza zobowiązanie dewelopera do zapewnienia nabywcom danego przedsięwzięcia deweloperskiego, co najmniej jeden z następujących środków ochrony nabywcy: (i) zamknięty mieszkaniowy rachunek powierniczy; (ii) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i umowę ubezpieczeniową; (iii) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję bankową.

Projekt ustawy definiuje umowę deweloperską, w ramach której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia i przeniesienia na nabywcę po zakończeniu przedsięwzięcia budowlanego prawa, określonego w ustawie (prawa odrębnej własności lokalu i prawa do domu jednorodzinnego), a nabywca zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa.

W projekcie ustawy przewidziano utworzenie otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego oraz zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego, na którym miały być gromadzone środki na budowę lokalu.

W przypadku ogłoszenia upadłości dewelopera, środki zgromadzone na mieszkaniowym rachunku powierniczym, prawo własności nieruchomości lub prawo użytkowania wieczystego, na której prowadzone jest przedsięwzięcie deweloperskie oraz wierzytelności dewelopera względem nabywców tworzą odrębną masę majątkową, która służy w pierwszej kolejności zaspokojeniu roszczeń nabywców przyszłych nieruchomości realizowanych w ramach danego przedsięwzięcia deweloperskiego. Nie narusza to praw przysługujących wierzycielom rzeczowym, których prawa zostały ujawnione w księdze wieczystej lub rejestrze zastawów.

Według projektu Ustawy otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy należy do dewelopera i służy do gromadzenia środków pieniężnych nabywcy, na cele określone w umowie deweloperskiej, z którego wypłata zdeponowanych środków następuje w transzach zgodnie z harmonogramem przedsięwzięcia deweloperskiego określonego w tej umowie. Bank wypłaca deweloperowi środki zgromadzone na otwartym mieszkaniowym rachunku powierniczym, w sposób zgodny z harmonogramem przedsięwzięcia deweloperskiego, chyba że deweloper zakończył dany etap budowy przed terminem określonym w tym harmonogramie.

Natomiast projekt Ustawy dla zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego należącego do dewelopera uznaje rachunek powierniczy w rozumieniu art. 59 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe, który to rachunek ma służyć gromadzeniu środków

pieniężnych nabywcy na cele określone w umowie deweloperskiej, z którego wypłata zdeponowanych środków następuje jednorazowo, po ustanowieniu prawa własności lokalu i przeniesieniu tego prawa na nabywcę. Bank wypłaca deweloperowi środki pieniężne zgromadzone przez nabywcę na zamkniętym mieszkaniowym rachunku powierniczym tylko i wyłącznie po otrzymaniu odpisu aktu notarialnego umowy przenoszącej na nabywcę prawo własności lokalu.

Projekt Ustawy zakłada, iż deweloper ma obowiązek zapewnienia nabywcy, na jego żądanie, gwarancję bankową zwrotu kwot wpłacanych przez nabywcę deweloperowi w przypadku upadłości dewelopera, albo po upływie 60 dni od dnia wskazanego w umowie deweloperskiej, jako dzień zakończenia przedsięwzięcia deweloperskiego.

Jako drugi instrument stosowany zamiennie w ubezpieczeniu nabywcy przysługiwałoby roszczenie do firmy ubezpieczeniowej, o wypłatę odszkodowania, w wysokości równej wysokości kwot wpłaconych przez nabywcę deweloperowi. Deweloper będzie miał obowiązek zawarcia odpowiedniej umowy ubezpieczenia. Roszczenie to przysługuje w przypadku upadłości dewelopera, albo po upływie 60 dni od dnia wskazanego w umowie deweloperskiej, jako dzień zakończenia przedsięwzięcia deweloperskiego.

Oba instrumenty wygasająby w dniu otrzymania odpisu aktu notarialnego umowy przenoszącej na nabywcę prawo własności lokalu.

W przypadku stosowania zabezpieczenia roszczeń nabywcy z chwilą wypłaty środków finansowych z tytułu udzielonej gwarancji bankowej albo odszkodowania, roszczenia z tego tytułu przysługujące nabywcy przeciwko deweloperowi, przechodzą odpowiednio na gwaranta albo zakład ubezpieczeń. Gwarancja bankowa i umowa ubezpieczenia, nie obejmowałyby odsetek od wpłaconych środków oraz utraconych korzyści.

Projekt Ustawy zakłada, iż deweloper, nie później niż na 7 dni przed zawarciem umowy deweloperskiej ma obowiązek udostępnienia osobom zainteresowanym prospektu informacyjnego.

Projekt Ustawy określa także elementy umowy deweloperskiej, w tym między innymi: określenie stron, miejsca i daty podpisania umowy deweloperskiej, cenę nabycia prawa własności lokalu oraz klauzule waloryzacyjne, jeśli zostały przewidziane, informację o nieruchomości, na której przeprowadzone ma być przedsięwzięcie deweloperskie obejmującą informację o powierzchni działki, stanie prawnym nieruchomości (w szczególności oznaczenie właściciela lub użytkownika wieczystego), istniejących na niej obciążeniach (art. 18 ust. 1 projektu ustawy).

Projekt Ustawy wprowadza też wymóg, by umowy deweloperskie były zawierane w formie aktów notarialnych. Projekt wprowadza nowy taryfikator za te czynności notariusza: wynagrodzenie za ogół czynności notarialnych dokonanych przy zawieraniu umowy deweloperskiej wynosi 1/4 minimalnego wynagrodzenia za pracę, o którym mowa w ustawie z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (art. 21 projektu ustawy).

Projekt Ustawy zobowiązuje dewelopera do ujawnienia w księdze wieczystej prowadzonej dla nieruchomości, na której ma zostać przeprowadzone lub jest prowadzone przedsięwzięcie deweloperskie, roszczenia nabywcy o wybudowanie budynku, wyodrębnienie lokalu i przeniesienie prawa własności tego lokalu oraz praw niezbędnych do korzystania z lokalu na nabywcę, lub przeniesienie własności nieruchomości wraz z domem jednorodzinnym, lub przeniesienia ułamkowej części własności nieruchomości, wraz z prawem do wyłącznego korzystania z części nieruchomości służącej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych. Także jest wymagane ujawnienie roszczenia na rzecz banku, który udzielił nabywcy kredytu na finansowanie budowy lokalu lub domu jednorodzinnego, o ustanowienie na jego rzecz hipoteki na tym lokalu lub domu jednorodzinnego jednocześnie z ustanowieniem i przeniesieniem odrębnej własności lokalu.

Według projektu Ustawy należności nabywców nie są objęte postępowaniem układowym oraz naprawczym prowadzonym na podstawie przepisów ustawy - Prawo upadłościowe i

naprawcze. Wierzytelności nabywców nie przekształcają się z chwilą ogłoszenia upadłości dewelopera w wierzytelności pieniężne.

Projektowana regulacja przewiduje, iż syndyk lub nadzorca sądowy ma obowiązek kontynuacji przedsięwzięcia deweloperskiego. W razie gdy syndyk lub nadzorca sądowy uzna, że prowadzone przez niego przedsięwzięcie deweloperskie jest sprzeczne z interesem nabywców, albo nie rokuje szans na wykonanie zobowiązań wobec nabywców, zgłasza wniosek do sędziego-komisarza o wydanie postanowienia o zaprzestaniu prowadzenia przedsięwzięcia deweloperskiego.

Projekt Ustawy zakłada, iż dla kontynuacji przedsięwzięcia deweloperskiego musi zostać wpłacone minimum 80 % środków koniecznych dla dokończenia tego przedsięwzięcia. Syndyk zwołuje zgromadzenie nabywców. Zgromadzenie nabywców może podjąć uchwałę o kontynuacji przedsięwzięcia deweloperskiego, z jednoczesnym zobowiązaniem się do dokonania dopłat, jeśli są konieczne dla ukończenia tego przedsięwzięcia. Uchwały te zapadają bez względu na liczbę obecnych, większością głosów nabywców mających przynajmniej 50% ogólnej sumy wierzytelności przypadających nabywcom uprawnionym do uczestniczenia w tym zgromadzeniu. Roszczenia nabywców, którzy odmówili na piśmie dopłat lub ich nie dokonali w terminie 60 dni od dnia wpłat ustalonego w uchwale przekształcają się w nieuprzywilejowane, pieniężne roszczenia wierzycieli i wchodzi do ogólnej masy upadłości, gdzie są zaspokajane zgodnie z właściwą kategorią zgodnie z przepisami ustawy - Prawo upadłościowe i naprawcze. W przypadku, kontynuacji przedsięwzięcia deweloperskiego syndyk jest zobowiązany do ukończenia budowy w terminie 2 lat od dnia ogłoszenia upadłości. W uzasadnionych okolicznościach sędzia-komisarz może zatwierdzić zmianę powyższego terminu.

Po ogłoszeniu upadłości banku prowadzącego mieszkaniowy rachunek powierniczy deweloper, w ciągu 30 dni od dnia ogłoszenia upadłości, zawiera umowę mieszkaniowego rachunku powierniczego z innym bankiem.

W projektowanej regulacji zawarto sankcję w postaci grzywny odnoszącą się do każdego, kto będąc do tego zobowiązany nie udostępnia prospektu informacyjnego nabywcy, oraz zamieszcza w prospekcie informacyjnym nieprawdziwe informacje. Ponadto przepisy projektowane przewidują sankcję odnoszącą się do każdego, kto dysponuje środkami z otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego w celu innym, niż realizacja przedsięwzięcia deweloperskiego, dla którego prowadzony jest ten rachunek – taka osoba podlegać będzie grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

Przepisy zobowiązujące dewelopera do zapewnienia nabywcom danego przedsięwzięcia deweloperskiego co najmniej jednego z wymienionych środków ochrony nabywcy będą miały zastosowanie dopiero do zadań inwestycyjnych rozpoczętych po dniu wejścia w życie niniejszej ustawy.

#### **IV. Ogólna ocena projektu Ustawy**

(1) Swoboda wyboru rachunku powierniczego zarówno w formule zamkniętej, jak i otwartej, może mieć korzystne skutki także dla klientów deweloperów, albowiem ogólne koszty inwestycji mogą być niższe, jeżeli pominięte zostaną koszty dostarczenia finansowania zewnętrznego.

Należy jednak mieć na uwadze fakt, że wprowadzenie rachunku otwartego jako jednej z form zabezpieczenia zwrotu środków dla nabywcy, może utrwalić obecną praktykę finansowania projektu deweloperskiego wyłącznie ze środków wpłacanych przez nabywców. Oznacza to, że w przypadku trudności ze sprzedażą mieszkań, deweloperowi może zabraknąć środków na dokończenie projektu. W takiej sytuacji deweloperowi będzie również bardzo trudno pozyskać finansowanie zewnętrzne na dokończenie projektu, gdy zwiększa się ryzyko rozpoczętych projektów, które dodatkowo mają problemy ze sprzedażą budowanych mieszkań.

(2) Formuła rachunku powierniczego zamkniętego, uzależniającego wypłatę środków od dokonania czynności rozporządzającej przeniesienia prawa określonego w umowie z

deweloperem stanowi właściwe zabezpieczenie nabywcy. Roszczenie nabywcy o zwrot środków z rachunku powierniczego zamkniętego w ramach uregulowań prawnych zabezpieczających te środki w sytuacji egzekucji kierowanej do dewelopera, czy jego upadłości daje wysoką realność odzyskania środków, co ogranicza ryzyko kredytowe banku kredytującego nabywcę.

Z punktu widzenia nabywcy, rachunek powierniczy zamknięty oferuje podobny poziom zabezpieczenia dla nabywców jak gwarancja ubezpieczeniowa/bankowa.

Jedynie rachunek zamknięty powierniczy może dawać dla kontrahenta dewelopera zapewnienie zwrotu całości wpłaconych środków. Jednocześnie też rachunek powierniczy uzależniający wypłatę środków od przedłożenia umowy rozporządzającej przedmiotem umowy na kontrahenta nie powinien pociągać za sobą nadmiernych kosztów z racji prostoty czynności.

(3) Rachunek otwarty, w przeciwieństwie do rachunku zamkniętego, nie stanowi zabezpieczenia dla środków nabywcy. Formuła rachunku otwartego dyscyplinuje tylko dewelopera w realizacji inwestycji i poddaje go kontroli, co do zaangażowania inwestycyjnego, za pośrednictwem instytucji finansowej. Pozwala to kontrahentom znacznie szybciej reagować na zagrożenia np. poprzez danie podstawy, bez dalszego badania, wstrzymania się z dalszymi świadczeniami wzajemnymi kontrahentów dewelopera do czasu usunięcia przeszkód, jeżeli ich usunięcie jest realne. Jednakże nie należy z instytucji rachunku otwartego czynić remedium na zabezpieczenie wszelkich rodzajów ryzyka po stronie kontrahentów dewelopera. Niewątpliwie koszty poniesione na prowadzenie rachunku w kontekście funkcji zabezpieczającej będą adekwatne do możliwego ryzyka pokrytego w ten sposób.

(4) Należy rozważyć możliwości ustanawiania hipotek na nieruchomości gruntowej dewelopera na rzecz nabywców, na której realizowana ma być inwestycja na zabezpieczenie wiarygodności o zwrot należnych kwot w przypadku braku realizacji inwestycji, co jest wskazywane w uzasadnieniu do projektu Ustawy w praktyce francuskiej. Konstrukcja wpisu ostrzeżenia o roszczeniu do działu III księgi wieczystej może być łączona z koncepcją rachunku powierniczego, jako komplementarne uzupełnienia zabezpieczenia inwestorów. Niewątpliwie minusem jest ograniczająca rola wpisów roszczeniowych w księdze wieczystej na możliwość pozyskania finansowania zewnętrznego przez deweloperów. Ale zważyć trzeba, że obecne uregulowania dotyczące podziału nieruchomości i ich konsekwencji na ustanowione hipoteki też nie zabezpieczają należycie interesów banków finansujących i są mocno niewystarczające. Takie zabezpieczenie daje niejako absolutne zabezpieczenie, czego np. nie daje formuła rachunku otwartego, co do kwot wypłaconych na realizację inwestycji i późniejszych ewentualnych kłopotów firmy deweloperskiej (egzekucja, upadłość).

(5) Należy zwrócić uwagę, iż w projekcie Ustawy planowane jest nadmierne rozbudowanie obowiązków i zadań banku, jako instytucji finansowej poprzez nakładanie obowiązków *sensu stricto* wykraczających poza te zadania i niebędących ich podstawą działania. Bank nie ma i nie będzie prowadził struktur sformalizowanych w celu badania zaangażowania inwestycyjnego dewelopera, jego jakości i zgodności z prawem, w tym budowlanym, i normami.

Kolejną kwestią jest sposób dokumentowania, począwszy od formy, poprzez treść i pochodzenie wskazujące na etap zaangażowania budowlanego, jako spełnienie warunku wypłaty depozytu. Dokument określony przez same strony umowy powierniczej określający jej cechy formalne i treść winien być czytelny dla banku i niepowodujący konieczności przeprowadzania jakiś szczególnych ustaleń, czy wyjaśnień. Z racji uwarunkowania i odpowiedzialności nie należy wykluczać, a wręcz trzeba zakładać, iż nadzorującym harmonogram prac dewelopera winny być osoby spełniające samodzielne funkcje techniczne w budownictwie lub rzeczoznawca budowlany w rozumieniu ustawy prawo budowlane, np. inspektora nadzoru budowlanego ustanowiony dla zadania zgodnie z prawem budowlanym. Z tego względu należy stwierdzić, że zapisy Ustawy dotyczące rachunku otwartego nakładają na bank liczne i trudne do spełnienia obowiązki.

Należy wymagać, aby Bank miał jasną sytuację, jeżeli chodzi o realizację depozytu i odpowiedni środek odmowy realizacji depozytu w sytuacji nienależytej jakości tych potwierdzeń i dokumentów. Natomiast należy ograniczać funkcje badania zaangażowania budowlanego przez Bank, choć nie można wykluczyć, że bank mógłby wyrazić taką zgodę, względnie zlecić dokonanie takiej czynności na koszt posiadacza rachunku powierniczego wskazanym wyżej podmiotom, co raczej powinno być wyjątkiem, względnie opcją do decyzji banku. Osoba sprawująca nadzór budowlany ponosi odpowiedzialność za czynności budowlane, więc zakładać należy, iż nie będzie skłonna poświadczać nieprawdę. Dla banku istotne ma być, iż pochodzące, od wskazanych wyżej podmiotów potwierdzenia mają być wiążące i fakt ten zostanie odpowiednio uregulowany w umowie rachunku powierniczego.

Przepisy powinny uwzględniać uwarunkowania i możliwości działania banków w zakresie wykonania celów powierniczych za pośrednictwem rachunku bankowego. Propozycje powinny określać gwarancje działań banku w ramach wykonania umów rachunku powierniczego i nie mogą pomijać lub niejednoznacznie regulować kwestii związanych z dokumentowaniem warunków wykonania umów rachunku. Zatem w procesie zabezpieczania interesów, czy to deweloperów, czy jego kontrahentów, warto też zwrócić uwagę na interesy banków, które te rachunki mają obsługiwać. Należy zatem zachować konsekwencje prawne, jakie z konstrukcji rachunków bankowych powierniczych płyną dla stosunku banku i posiadaczy tych rachunków, które zostały wypracowane dotychczas przez doktrynę, niezależnie od typu rachunku.

(6) Zachować zatem należy założenia konstrukcyjne rachunku powierniczego, takie jak:

- Fakt, iż powierzający nie jest związany z bankiem żadnym stosunkiem umownym. Względem banku nie przysługują mu żadne prawa poza roszczeniami wyraźnie przyjętymi treścią umowy, ewentualnie na podstawie uzyskanego od powiernika pełnomocnictwa.
- Fakt, iż powiernik jest zobowiązany do prowadzenia rachunku wyłącznie w celach określonych w umowie powierniczej, lub umowach powierniczych w przypadku rachunku zbiorczego. Powiernik zatem może gromadzić na tym koncie wyłącznie środki powierzone.
- Powierzający nie ma bezpośredniego wpływu na treść dyspozycji wydawanych bankowi przez powiernika, poza dyspozycjami ustalonymi treścią umowy, a będącymi wynikiem przeniesienia postanowień z umowy powierniczej, co do warunków wpłat i wypłat.
- Bank nie ma ani obowiązku, ani prawa kontrolowania sposobu zarządzania rachunkiem z punktu widzenia jego zgodności z umową powierniczą. Bank ma być skupiony na wykonaniu postanowień umowy rachunku powierniczego, zgodnie z warunkami określonymi z bankiem, co nie wyklucza oczywiście, iż będą to warunki przeniesione z umowy powierniczej, ale objęte uzgodnieniem z bankiem,
- Umowa rachunku winna jasno określać zasady dostępu powierzającego do informacji o stanie konta lub tej części konta, która wiąże się z jego wpłatami i rozdysponowaniem środków przez niego powierzonych w wykonaniu celu z umowy deweloperskiej, gdyż co do zasady nie jest on upoważniony do tych informacji, bez zgody powiernika,
- Dodatkowym środkiem zaradczym ewentualnego przeciwdziałania zmianom umowy rachunku w zakresie ochrony konkretnego klienta umowy deweloperskiej byłyby klauzule w umowie z bankiem (objęte więc zgodą powiernika) o możliwości zablokowania w określonych sytuacjach dyspozycji powiernika przez powierzającego w ograniczonym zakresie z racji uwarunkowań organizacyjnych banku,
- Warto wyraźnie ująć w regulacjach postanowienia wywodzone dorozumianie, iż zgoda banku na otwarcie rachunku powierniczego zawiera w sobie jednocześnie zrzeczenie się uprawnień:
  - potrącenia z wierzytelności posiadacza rachunku swojej wierzytelności do niego z tytułu niezwiązanego z umową rachunku powierniczego (wynikającego z innego stosunku prawnego),



- wszczęcia egzekucji z rachunku powierniczego w celu ściągnięcia swojej wierzytelności,
- prawa zastawu na wierzytelności z rachunku powierniczego,
- O rachunku powierniczym można mówić tylko wtedy, gdy taki jego charakter wynika z woli stron ujętej w umowie rachunku bankowego.
- Zgoda na otwarcie rachunku powierniczego winna również wiązać się z prawem ujawnienia (przez powiernika) osobie powierzającej informacji o stanie środków na rachunku i wykonywanych dyspozycjach, albo zastrzegając w umowie prawo powierzającego do żądania informacji na ten temat w czasie trwania umowy.
- Należy dopuścić otwierania rachunków powierniczych w celu „obsługi realizacji większej liczby stosunków powierniczych,
- Umowa rachunku powierniczego winna być wyłącznym źródłem ograniczeń swobody dysponowania wkładem na rachunku bankowym, poza ograniczeniami wynikającymi bezpośrednio z ustawy bądź z indywidualnych aktów władzy.
- Bank winien posiadać narzędzie wymuszania właściwego dokumentowania warunków wypłaty czy realizacji pod rygorem odmowy realizacji transakcji w ciężar rachunku powierniczego.

(7) Niewątpliwie *vacatio legis* w celu dostosowania się do nowych warunków będzie bardziej konieczne dla deweloperów niżli banków, które posiadają znaczne doświadczenie w kształtowaniu warunków prowadzenia rachunków powierniczych, nawet w warunkach ułomności dotychczasowych uregulowań. Natomiast zmiana ta istotnie może wpłynąć na funkcjonowanie firm deweloperskich, stąd kilkumiesięczne *vacatio legis* wydaje się być uzasadnione. Istotne też jest, aby przepisy intertemporalne właściwie uregulowały sytuacje umów już zawartych i prowadzonych inwestycji, tak, aby nie zmieniać reguł gry deweloperom w trakcie ich realizacji, zwłaszcza, że dotykać będą wrażliwej sfery finansowania inwestycji. Nadto konsumenci powinni mieć dostateczny czas na zapoznanie się z nowymi uregulowaniami i możliwościami.

## **V. Propozycja autorskie**

(1) Projekt ustawy zakłada stosowanie przez dewelopera gwarancji bankowych lub umów ubezpieczenia. Zasadne byłoby zastosowanie gwarancji ubezpieczeniowych zamiast umowy ubezpieczenia, gdyż pozwoliłoby to uprościć zapisy ustawy i ujednoczyć warunki oferowanych form zabezpieczenia. W przypadku zastosowania gwarancji bankowych i ubezpieczeniowych jako instrumentu zabezpieczającego prawa nabywcy w umowach deweloperskich proponuje się wprowadzenie zasady, że dla każdej umowy deweloperskiej wystawiana byłaby oddzielna gwarancja, której beneficjentem byłby nabywca. Taka formuła pozwala na indywidualne dostosowanie warunków gwarancji, a w szczególności wysokość sumy gwarancyjnej, do szczegółowych zapisów umowy deweloperskiej zawartej przez nabywcę.

Pozwala ona również deweloperowi na rozłożenie w czasie kosztów udzielonych gwarancji, gdyż poszczególne gwarancje byłyby wystawiane dopiero po podpisaniu umowy deweloperskiej i opiewałyby na kwoty określonych w tej umowie przedpłat wnoszonych przez nabywców. Zatem deweloper miałby możliwość dostosowania liczby i warunków wystawianych gwarancji do procesu sprzedaży mieszkań oraz wynegocjowanych z nabywcami warunków płatności.

Pozwoliłoby to deweloperowi na zmniejszenie kosztów wystawiania gwarancji, gdyż należy oczekiwać, że w miarę postępu prac budowlanych i zaawansowania procesu sprzedaży, co będzie się przekładać również na zmniejszenie ryzyka projektu inwestycyjnego, deweloper będzie w stanie wynegocjować z instytucjami finansowymi niższe koszty wystawienia gwarancji. Obniżenie tych kosztów będzie również korzystne dla nabywcy, gdyż można się spodziewać, że koszty finansowe ponoszone przez dewelopera byłyby uwzględnione w ostatecznej cenie nieruchomości.

W celu zapewnienia minimalnego standardu ochrony praw nabywcy, proponuje się wprowadzenie ogólnego wzoru takiej gwarancji oraz zapisów klauzul warunkujących wypłatę sumy gwarancyjnej.

Gwarancja służąca jako zabezpieczenia praw nabywcy w umowach deweloperskich powinna zawierać następujące zapisy:

1. Określenie nabywcy jako beneficjenta gwarancji;
2. Określenie gwarancji jako nieodwołalnej;
3. Określenie sumy gwarancyjnej w łącznej wysokości przedpłat wnoszonych przez nabywcę przed podpisaniem ostatecznej umowy notarialnej przenoszącej prawo własności nieruchomości, zgodnie z zapisami umowy deweloperskiej;
4. Wypłata sumy gwarancyjnej powinna nastąpić niezwłocznie po spełnieniu przez beneficjenta warunków zapłaty gwarancji;
5. Warunkiem wypłaty sumy gwarancyjnej jest przedstawienie przez nabywcę następujących dokumentów:
  - a. umowy rozwiązującej umowę deweloperską lub też przedstawienie przez nabywcę oświadczenia woli o odstąpieniu od umowy deweloperskiej, z zastrzeżeniem, że zarówno rozwiązanie umowy deweloperskiej lub też oświadczenie woli o odstąpieniu od umowy deweloperskiej powinno mieć taką samą formę jak umowa deweloperska (np. akt notarialny);
  - b. oświadczenie o upłynięciu terminu określonego w umowie deweloperskiej na zwrot przez dewelopera kwot należnych nabywcy z tytułu rozwiązania umowy deweloperskiej;
  - c. oświadczenie nabywcy o nie otrzymaniu od dewelopera kwot należnych nabywcy z tytułu rozwiązania umowy deweloperskiej, w terminie określonym tą umową, wraz ze szczegółowym wyliczeniem tych kwot, zgodnie z umową deweloperską;
6. Gwarancja powinna być ważna od dnia wystawienia, przez okres dłuższy o co najmniej 12 miesięcy od określonego w umowie deweloperskiej terminu zawarcia umowy przenoszącej na nabywcę prawo własności nieruchomości.

(2) Mając na uwadze korzyści dla nabywców wynikające ze stosowania przez firmy deweloperskie systemu 10/90 lub 20/80, jak również uwarunkowania procesu pozyskiwania oraz uruchomienia kredytu inwestycyjnego, proponuje się, aby deweloper miał prawo do przyjęcia od klientów przedpłaty w maksymalnej wysokości 20% ceny mieszkania bez konieczności przedstawiania dodatkowych zabezpieczeń finansowych gwarantujących zwrot środków nabywcy. Pozwala to deweloperowi na uruchomienie projektu inwestycyjnego w oparciu o własne środki i rozpoczęcie sprzedaży mieszkań bez konieczności wcześniejszego podpisania z instytucją finansową umowy dotyczącej zabezpieczenia wpłat nabywców.

Należy podkreślić, że takie rozwiązanie pozwala również deweloperowi na wynegocjowanie z instytucjami finansowymi korzystniejszych warunków kredytowania oraz niższych kosztów ewentualnych gwarancji zwrotu środków dla nabywcy. W przypadku uzyskania przez dewelopera dobrych wyników przedsprzedaży, powinien on być w stanie uzyskać od banku korzystniejsze warunki finansowania projektu deweloperskiego. Obniżenie tych kosztów będzie również korzystne dla nabywcy, gdyż można się spodziewać, że koszty finansowe ponoszone przez dewelopera byłyby uwzględnione w ostatecznej cenie nieruchomości.

Wprowadzenie możliwości przyjmowania przez dewelopera przedpłat od nabywców w wysokości maksymalnie 20% ceny mieszkania bez przedstawienia im odpowiednich instrumentów finansowych gwarantujących zwrot środków (rachunek powierniczy lub gwarancja) jest również korzystne dla nabywców. Brak konieczności zapewnienia gwarancji

dla nabywcy oznacza dla dewelopera niższe koszty finansowe oraz uproszczenie procesu sprzedaży mieszkań, co powinno się przełożyć na niższą cenę nieruchomości

Jednak w celu zapewnienia pewnego poziomu ochrony wpłacanych przez nabywców środków, proponuje się wprowadzenie regulacji pozwalających deweloperowi na przyjmowanie od nabywców wpłat dopiero po podpisaniu umowy kredytowej lub też otrzymaniu z banku promesy kredytowej, zapewniającej uzyskanie środków wystarczających na sfinansowanie projektu inwestycyjnego. W przypadku przyjmowania od nabywcy przedpłaty w wysokości do 20% ceny mieszkania bez przedstawienia instrumentów finansowych zabezpieczających zwrot środków, deweloper powinien być również zobowiązany do przedstawienia nabywcy określonych w umowie lub promesie kredytowej warunków wymaganych przez bank do uruchomienia finansowania.

W proponowanym powyżej rozwiązaniu, uruchomienie projektu deweloperskiego oraz proces sprzedaży mieszkań miałby następujący przebieg:

- 1) Przed rozpoczęciem sprzedaży mieszkań deweloper byłby zobowiązany podpisać z bankiem umowę kredytową, lub też promesę kredytową, zapewniającą poziom finansowania wystarczający na zrealizowanie projektu deweloperskiego;
- 2) W przypadku, gdy deweloper planuje rozpocząć przyjmowanie przedpłat od nabywców bez przedstawienia im odpowiednich instrumentów finansowych gwarantujących zwrot środków (rachunek powierniczy lub gwarancja), deweloper powinien wręczyć klientom informację o wymaganych przez bank warunkach uruchomienia finansowania przed podpisaniem umowy deweloperskiej;
- 3) Jeżeli umowa deweloperska nie przewiduje wniesienia przez klienta przedpłaty w wysokości wyższej niż 20% ceny mieszkania przed podpisaniem ostatecznej umowy sprzedaży, deweloper nie jest zobowiązany do przedstawienia klientowi instrumentów finansowych gwarantujących zwrot środków (rachunek powierniczy lub gwarancja);
- 4) Jeżeli umowa deweloperska przewiduje wniesienia przez klienta przedpłat w łącznej wysokości wyższej niż 20% ceny mieszkania przed podpisaniem ostatecznej umowy sprzedaży, deweloper jest zobowiązany do określenia w umowie deweloperskiej sposobu zabezpieczenia klientowi zwrotu środków (rachunek powierniczy lub gwarancja);
  - a. w tej sytuacji klient nie jest zobowiązany do wpłacenia na rzecz deweloper przedpłat w łącznej wysokości wyższej niż 20% ceny mieszkania przed uzyskaniem z instytucji finansowej potwierdzenia ustanowienia danego zabezpieczenia;
  - b. jeżeli deweloper chce uzyskać od nabywcy kolejne przedpłaty, których łączna wysokość będzie przekraczała 20% ceny mieszkania, musi najpierw podpisać z instytucją finansową odpowiednią umowę o ustanowienie zabezpieczenia wpłat nabywcy w sposób określony w umowie deweloperskiej;
  - c. Po podpisaniu umowy o ustanowieniu zabezpieczenia, deweloper przekazuje nabywcy odpowiedni dokument potwierdzający to zabezpieczenie (informację z banku o warunkach prowadzenia rachunku powierniczego lub kopię gwarancji na rzecz nabywcy);
  - d. Po uzyskaniu od dewelopera w/w potwierdzenia, nabywca jest zobowiązany do dokonania kolejnych przedpłat zgodnie z harmonogramem określonym w umowie deweloperskiej;

---

<sup>i</sup> Tomasz Zieliński, *Warunki skutecznej ochrony klienta w transakcjach z deweloperem w oparciu o art. 59 Prawa bankowego*, Finansowanie Nieruchomości, 2006 r.

<sup>ii</sup> [http://orka.sejm.gov.pl/Drukarka.nsf/0/EAB95598CB0B512FC12578B900458544/\\$file/4349.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Drukarka.nsf/0/EAB95598CB0B512FC12578B900458544/$file/4349.pdf)