

Krzysztof Maj

Praktyczne aspekty umowy deweloperskiej w rozumieniu ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego

I. Ustawa¹ z dnia 31 sierpnia 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego (Dz.U. z 2011 r., nr 232, poz. 1377) jest regulacją długo oczekiwaną. Po raz pierwszy – wydaje się – w sposób kompleksowy normuje istotny wycinek stosunków cywilnoprawnych, tak samo istotnych dla stron tej umowy, jak i środowiska notariuszy, które w konieczny sposób, poprzez ustaloną formę tej umowy włączone zostało w naturalny sposób w dyskusję dotyczącą znaczenia i rozumienia poszczególnych przepisów ustawy. Poniższe rozważania dotyczą pierwszych, praktycznych pytań, jakie rodzą się po lekturze nowej regulacji i próby odpowiedzi na te pytania.

II. Pierwsze pytanie, w jak kompleksowy sposób i na ile umowę deweloperską regulowaną tą ustawą możemy porównać z innymi znanymi nam formami umów zawieranych w tym zakresie. Aby to uczynić, przyjrzyjmy się definicji umowy deweloperskiej zawartej w art. 3 ust. 5 ustawy. Jest to zatem umowa, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego prawa, o którym mowa w art. 1 ustawy, a nabywca zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa. Określone w art. 1

¹ Zwana dalej ustawą.

prawa to: własność lokalu mieszkalnego lub własność (prawo wieczystego użytkowania) nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym. Analizując określony stan faktyczny w celu uznania, że mamy do czynienia z umową deweloperską, musimy mieć spełnione zgodnie z powołaną wyżej definicją cztery przesłanki. Jedną z jej stron i to zobowiązującą się do zbycia musi być deweloper, czyli przedsiębiorca w rozumieniu art. 22¹ k.c., który w ramach działalności gospodarczej zobowiązuje się do zawarcia umowy deweloperskiej (art. 3 ust. 1 ustawy). Jeśli jedną ze stron jest deweloper, zawarta przez niego umowa **może, ale nie musi** być umową deweloperską. Jeśli jedną ze stron **nie jest** deweloper, w rozumieniu ustawy zawarta przez niego umowa **nie może być** umową deweloperską. Tytułem przykładu można wskazać, że jeżeli umowę zawiera osoba fizyczna, ale nie w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, to nie może zawrzeć umowy deweloperskiej (nie może być deweloperem w rozumieniu ustawy). Podobnie, jeżeli stroną jest np. szkoła wyższa, która zbywa lokal w budynku, który jest jej własnością, ale nie został wybudowany w ramach działalności gospodarczej², gdyż został nabyty w mocy samego prawa, w drodze tzw. „uwłaszczenia”.

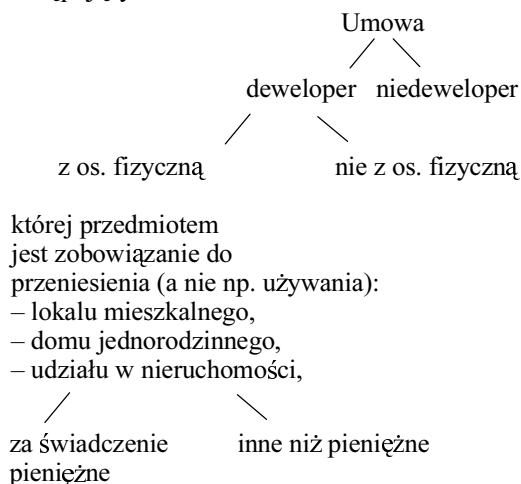
Gdy jedną ze stron umowy jest deweloper, drugą stroną może być osoba fizyczna albo osoba niebędąca osobą fizyczną. Przy czym przymiot tej drugiej kategorii obejmuje osoby prawne i jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, którym przepisy szczególne przyznają zdolność prawną. Aby mówić o umowie deweloperskiej, drugą jej stroną oprócz dewelopera **musi być osoba fizyczna**. Zatem tam, gdzie deweloper w rozumieniu ustawy, czyli przedsiębiorca działający w ra-

² Definicja umowy deweloperskiej zawarta w art. 3 ust. 5 ustawy nie wymaga, aby deweloper był tym, który wybuduje budynek. Zamieszanie wprowadza art. 22 ust. 1 pkt 18 ustawy *in principio*, który określa, że umowa deweloperska winna w szczególności zawierać zobowiązanie dewelopera do wybudowania budynku. Jednak art. 22 ust. 1 w całości nie należy przypisywać znaczenia rozstrzygającego. Jeżeli strony umowy deweloperskiej nie określiły wysokości odsetek i kar umownych (art. 22 ust. 1 pkt 13), bo uznały, że odsetki będą regulowane na zasadach ogólnych, a kar umownych nie będzie albo w umowie takiej nie znalazła się informacja o zgodzie banku, o której mowa w art. 22 ust. 1 pkt 17, gdyż nie ma żadnego obciążenia na rzecz banku, to czy powoduje to, że nie mamy do czynienia z umową deweloperską, jeśli są spełnione przesłanki definicji zawartej w art. 3 ust. 5 ustawy?

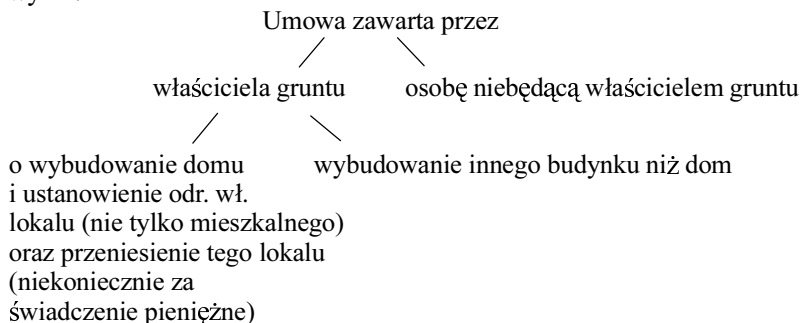
mach prowadzonej działalności gospodarczej zawiera umowę z podmiotem innym niż osoba fizyczna, **ustawa nie ma zastosowania**.

Jeśli umowę zawiera i deweloper w rozumieniu ustawy, i osoba fizyczna, aby mówić o umowie deweloperskiej jej przedmiotem musi być zobowiązanie do zbycia: lokalu mieszkalnego (w rozumieniu ustawy – art. 3 ust. 2), domu jednorodzinnego (w rozumieniu ustawy – art. 3 ust. 3) lub ułamkowej części nieruchomości wraz z prawem do wyłącznego korzystania z części nieruchomości służącej do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych. Zatem zobowiązanie do zbycia: **lokalu innego niż mieszkalny** (usługowego, biurowego), **domu innego niż dom jednorodzinny** w rozumieniu ustawy albo ułamkowej części nieruchomości **bez prawa** do wyłącznego korzystania z części nieruchomości służącej do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych albo z takim wyłącznym prawem do części nieruchomości **niesłużącej** do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych, a np. biurowych, magazynowych – przekreśla możliwość uznania takiej umowy za umowę deweloperską.

Ostatnim wreszcie kryterium rozróżnienia jest tytuł przeniesienia tego prawa. Ma nastąpić za świadczenie pieniężne. Jeżeli zobowiązanie do przeniesienia przedmiotu umowy (lokalu, domu lub ułamkowej części nieruchomości) nie następuje za świadczenie pieniężne, nie mamy do czynienia z umową deweloperską. Dotychczasowe uwagi możemy zilustrować następującym schematem:



Naturalnie pojawiające się pytanie dotyczy tego, jak się ma ten zakres do zakresu umowy tzw. „deweloperskiej” opisanej w art. 9 ustawy o własności lokali. Gdyby podążać tym sam tropem mielibyśmy taki oto wynik:



Otóż, porównując te dwa wyniki, możemy dojść do wniosku, że **w pewnym przypadku** umowa tzw. „deweloperska” z art. 9 ustawy o własności lokali (u.w.l.) **może spełniać** warunki dla umowy deweloperskiej z nowej ustawy. Będzie tak wtedy, gdy właściciel gruntu, będący deweloperem, czyli przedsiębiorcą w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej zobowiązuje się do wybudowania domu, ustanowienia i przeniesienia własności lokalu mieszkalnego za świadczenie pieniężne. Pojawia się wówczas pytanie, czy strony takiego stosunku prawnego mogą sobie wybrać reżim prawny, w którym chcą działać, a zatem czy to art. 9 u.w.l., czy też nową regulacją ustawową? Otóż wydaje się, że nie jest to możliwe. W moim przekonaniu możliwe jest tutaj tylko stosowanie w całości nowej ustawy. Dlaczego? Po pierwsze ustawa jest nowa i w tym zakresie jest regulacją pełną³. Nie znaczy to, że deroguje art. 9 u.w.l., bowiem, jak już wyżej wspomniałem, możliwy jest tylko pewien mały wspólny wycinek umów, o których moglibyśmy powiedzieć, że spełniają warunki i nowej umowy deweloperskiej, i tzw. „umowy deweloperskiej” z art. 9 u.w.l. Część wspólna zbiorów obejmujących te dwa rodzaje umów jest bardzo mała. Po drugie w art. 1 nowej ustawy mamy stwierdzenie, że **reguluje zasady ochrony praw nabywców** (...). Z istoty nowej regulacji wynika, że jej celem jest ochrona praw

³ Co nie znaczy, że spójną i niewykazującą wewnętrznych sprzeczności.

nabywcy. Jeśli zatem mamy stosunek prawny (umowę), który musimy poddać ocenie w zakresie przepisów właściwych dla niego, to w tym przypadku bez wątpienia właściwa jest nowa ustawa, dlatego że w sposób w miarę kompleksowy reguluje ten stosunek prawny. Po trzecie wreszcie, co już wyżej podniosłem, celem nowej ustawy jest próba wyrównania faktycznej nierówności kontraktowej osoby fizycznej w starciu z profesjonalistą. Żadnej regulacji w tym zakresie nie znajdziemy w art. 9 u.w.l., która jest, po czwarte, regulacją bardziej ogólną, odnoszącą się do jednego z możliwych sposobów powstania odrębnej własności lokalu, niezależnie od tego, kto jest stroną tej umowy (po żadnej ze stron nie musi występować deweloper w rozumieniu nowej ustawy), co jest jej przedmiotem (nie jest wskazane, że zobowiązanie ma się odnosić tylko do lokali mieszkalnych, choć wcześniej użyte określenie „zobowiązanie do wybudowania domu” tylko zaciemnia obraz sytuacji; dom kojarzy się zaspokajaniem potrzeb mieszkaniowych, choć niekoniecznie tak być musi.) ani jaki jest tytuł przeniesienia (w domyśle, ale tylko w domyśle, świadczenie pieniężne). Nie widzę zatem możliwości „ucieczki” od stosowania przepisów ustawy w ten sposób, że strony umowy oświadczą, iż nie chcą zawrzeć umowy deweloperskiej w rozumieniu przepisów nowej ustawy, ale umowę w trybie art. 9 u.w.l. Nie znaczy, to że nie mogą takiej umowy zawrzeć, ale znaczy to tylko tyle i aż tyle, że jeżeli chcą zawrzeć umowę w trybie art. 9 u.w.l., która spełnia jednocześnie przesłanki umowy deweloperskiej z nowej ustawy, to **jest to nowa umowa deweloperska**, a nie umowa o której mowa w art. 9 u.w.l.

Dalej porównania wymaga nowa umowa deweloperska i umowa przedwstępna. Czyli możemy sobie wyobrazić, że i deweloper i jego klient będący osobą fizyczną (dalej zakładamy, że spełnione są wszystkie inne warunki nowej umowy deweloperskiej) przychodzą do kancelarii notarialnej i mówią: nie chcemy umowy deweloperskiej, my chcemy zawrzeć umowę przedwstępną. Umowa deweloperska to umowa zobowiązująca, zaś umowa przedwstępna wymyka się podziałowi na umowy zobowiązujące, zobowiązująco-rozporządzające i rozporządzające (rzeczowe)⁴, gdyż przez umowę przedwstępną jej strony **zobowiązują się, ale do zawarcia**

⁴ Odnosnie do tego podziału por. A. B r z o z o w s k i, [w:] *System prawa prywatnego*, red. E. Ł ę t o w s k a, t. V: *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2006, s. 405-406.

w przyszłości umowy o określonej treści. Mówiąc w pewnym uproszczeniu – spełnienie świadczenia z umowy przedwstępnej polega na zawarciu umowy przyrzeczonej (stanowczej). Zatem wprost zawarcie umowy przedwstępnej, która byłaby jednocześnie umową deweloperską (w rozumieniu nowej ustawy), nie jest możliwe. W tej ostatniej deweloper **zobowiązuje się do ustanowienia lub przeniesienia lokalu** (domu mieszkalnego, udziału wraz ze wskazaniem), a w umowie przedwstępnej **jedna⁵ lub obie strony zobowiązują się, ale do zawarcia w przyszłości oznaczonej umowy.** Ta przyszła umowa nie musi być wcale umową o podwójnym skutku, by wziąć pod uwagę najbardziej popularny typ umowy nazwanej – umowę sprzedaży. Znaczy to, że umowa przedwstępna może zaistnieć (jeśli strony chcą, co oczywiście w praktyce jest bardzo rzadkie, ale nie niemożliwe) jako przedwstępna umowa sprzedaży o skutku wyłącznie zobowiązującym. Oczywiście pytanie, po co? Ale to już zależy od potrzeb stron umowy. Tytułem przykładu: inny termin przedawnienia roszczenia, inna podstawa dochodzenia odszkodowania za niewykonanie zobowiązania, podstawa odstąpienia od umowy (umowa przedwstępna nie jest umową wzajemną). Także, choć zdania w nauce na ten temat są mocno podzielone, przedmiotem umowy przedwstępnej może być zobowiązanie do zawarcia w przyszłości umowy o charakterze czysto rzeczowym, rozporządzającym⁶. Można by tu wskazać przedwstępną umowę ustanowienia hipoteki czy ustanowienia użytkowania wieczystego (jeśli oczywiście w tym ostatnim zakresie dopuścimy możliwość zawarcia umowy przedwstępnej, co w trybie bezprzetargowym winno budzić mniejsze wątpliwości). Dalej trzeba przypomnieć, że umowa przedwstęp-

⁵ Ma to istotne znaczenie, że w umowie przedwstępnej tylko jedna ze stron może zobowiązać się do zawarcia w przyszłości umowy o określonej treści. Na tle ustawy jest to szczególnie widoczne przy analizie art. 2 ust. 2. Do umowy przedwstępnej, w której tylko osoba fizyczna zobowiąże się do zawarcia w przyszłości umowy deweloperskiej, rygorów ustawy stosować się nie będzie.

⁶ Przeciw takiej możliwości stanowczo i konsekwentnie opowiada się E. Drozd, por. E. Drozd, *Umowa przedwstępna a umowa przyrzeczona*, NP 1973, nr 11, s. 1561-1562. Możliwość zawarcia umowy przedwstępnej jako poprzedzającej każdy rodzaj umowy, także czysto rozporządzającej dopuszczają m.in.: A. Maciąg, *Rodzaje umów, które mogą być poprzedzone umową przedwstępną*, NP 1979, nr 7-8, s. 64, M. Krajewski, *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2000, s. 68; B. Swaczyna, *Hipoteka umowna*, Warszawa 2007, s. 68.

na może być jedno- lub dwustronnie zobowiązująca. Czyli może być tak, że tylko jedna ze stron zobowiąże się do zawarcia w przyszłości umowy o określonej treści. Dlatego też sprawie tej jest poświęcony art. 2 ust. 2 ustawy. Do umowy, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do zawarcia umowy deweloperskiej (czyli do umowy przedwstępnej), **stosuje się rygory ustawy. Nieważne, czy jest to umowa jedno- czy dwustronnie zobowiązująca, ważne, aby zobowiązującym się do zawarcia w przyszłości umowy był deweloper.** Wynika z tego, że – jeśli będzie to umowa jednostronnie zobowiązująca, gdzie tylko osoba fizyczna zobowiąże się w przyszłości do zawarcia umowy deweloperskiej – rygorów ustawy **stosować się nie będzie.** Nie sądzę, aby było to zgodne z duchem ustawy, ale jest, jak jest. Nadzieja, że poprzez przepis art. 2 ust. 2 pod rządami ustawy znajdują się umowy przedwstępne, a zwłaszcza poprzedzające je, zawierane w formie pisemnej umowy rezerwacyjne, może paść pod naporem dalej zawieranych umów rezerwacyjnych, ale tylko jednostronnie zobowiązujących.

III. Przepisy przejściowe w zakresie braku obowiązku stosowania środków ochrony wpłat nabywców

Głównym celem ustawy jest ochrona praw nabywcy, czyli osoby fizycznej zawierającej umowę deweloperską z profesjonalistą. W zakresie wpłat przez nabywcę środków pieniężnych na rzecz dewelopera ochrona ta realizowana jest postanowieniami art. 4 ustawy. Zawiera on katalog środków ochrony wpłat nabywcy. Są to: zamknięty mieszkaniowy rachunek powierniczy, otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancja bankowa, otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancja ubezpieczeniowa, otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy. Jednak ustawa w art. 37 i art. 38 stanowi, że środki ochrony wpłat nabywcy określone w art. 4 (a więc co najmniej otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy) stosuje się do przedsięwzięć deweloperskich, w odniesieniu do których rozpoczęcie sprzedaży nastąpiło po dniu wejścia w życie ustawy. *A contrario* zatem, jeśli rozpoczęcie sprzedaży nastąpiło przed dniem wejścia w życie ustawy, przepisu art. 4 ustawy nie stosuje się. W takim przypadku deweloper nie ma obowiązku zapewnienia nabywcy żadnego ze środków ochrony wpłat przewidzianego w tym przepisie. Jest to jeden z najbardziej spornych do interpretacji przepisów ustawy. Dla-

czego? Nie wiadomo bowiem, jak należy rozumieć pojęcie „rozpoczęcie sprzedaży” zawarte w art. 37 ustawy. Paradoks polega na tym, że po wejściu w życie ustawy, czyli po dniu 29 kwietnia 2012 r., prawdopodobnie do oceny pewnego działania dewelopera przed wejściem w życie ustawy musimy stosować pojęcia, które w dacie, kiedy dokonywał tych czynności, nie podlegały regulacji⁷. Ale o co chodzi dokładnie? Otóż ustawa zawiera w art. 3 ust. 10 definicję „rozpoczęcia sprzedaży”. Jest to podanie do publicznej wiadomości informacji na temat rozpoczęcia procesu oferowania lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych w ramach określonego przedsięwzięcia deweloperskiego. Jeżeli deweloper chce uniknąć obowiązku stosowania art. 4 ustawy (czyli w uproszczeniu rachunku powierniczego) musi przed wejściem w życie ustawy zrobić coś, co dopiero po jej wejściu w życie będzie oceniane według przepisów obowiązujących po jej wejściu w życie, ale które nie obowiązywały w dacie, kiedy „rozpoczął sprzedaż” przed wejściem w życie ustawy. Pojawia się naturalne pytanie, jak zatem to należy rozumieć. Otóż może być kilka poglądów w tym zakresie od skrajnie liberalnego do bardziej wyważonych. Można zatem twierdzić, że wystarczy ogłoszenie w prasie (lub na stronie internetowej dewelopera), iż w ramach przedsięwzięcia deweloperskiego, które określa, jako zamierzona budowa np. dwóch budynków wielorodzinnych na działce w Krakowie, oznaczonej numerem 5, rozpoczyna proces oferowania lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych. I nawet nie będąc właścicielem (wieczystym użytkownikiem) gruntu, i nie mając pozwolenia na budowę uważa, że takie ogłoszenie wystarczy. Dalej stanowisko to można obwarować obowiązkiem zawarcia choćby jednej umowy przedwstępnej w tym zakresie przed wejściem w życie ustawy po publicznym ogłoszeniu, dodać wymóg bycia przynajmniej właścicielem gruntu czy wreszcie posiadania także pozwolenia na budowę. Każde z tych stanowisk można uzasadnić. Osobiście prezentuję stanowisko, że deweloper oprócz publicznego ogłoszenia podającego informację o rozpoczęciu procesu oferowania lokali mieszkalnych lub domów jednorodzinnych (dla celów dowodowych oczywiście najlepiej w prasie) winien posiadać także pozwolenie na budowę (decyzja winna być wydana na jego rzecz), choć niekoniecznie musi być właścicielem

⁷ Dotyczy to także oceny, kto jest deweloperem.

(wieczystym użytkownikiem) gruntu, na którym ma być przeprowadzone przedsięwzięcie deweloperskie. Co uzasadnia taki pogląd? Otóż, jak już wyżej wspomniałem, po wejściu w życie ustawy pewne zdarzenia prawne, które nastąpią przed dniem 29 kwietnia 2012 r. musimy próbować ocenić według nowej regulacji. Kluczowe jest tu pojęcie „rozpoczęcie sprzedaży”. Wydaje się bezsporne, że przed wejściem w życie ustawy deweloper „rozpoczynający sprzedaż” nie ma obowiązku sporządzenia prospektu informacyjnego, bo przepisy te jeszcze nie obowiązują. Jednak oceniając jego ogłoszenie, musimy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy w ogłoszeniu zaoferował lokal lub dom? **Wydaje mi się, że nie można mówić o oferowaniu lokalu lub domu do sprzedaży, jeśli nie ma pozwolenia na budowę.** To projekt architektoniczny zatwierdzony decyzją o pozwoleniu na budowę pozwala określić przedmiot umowy, to jest np. konkretny lokal na VI kondygnacji o powierzchni 50 m² lub dom jednorodzinny, który powstanie na działce o numerze 20 w miejscowości Y. Jeżeli nie ma projektu zatwierdzonego decyzją o pozwoleniu na budowę, w mojej ocenie, nie można mówić o oferowaniu takiego przedmiotu do sprzedaży. To, że on nie istnieje w sensie fizycznym, nie jest problemem, to po wejściu w życie nowej regulacji także będzie się zdarzać. Istotniejsze jest to, że nie wiadomo, co jest przedmiotem oferowania. Tym bardziej, że art. 22 ustawy (a i na niego musimy patrzeć przy tej ocenie) określa bardzo szczegółowo, co ma zawierać umowa deweloperska: w pkt 4 wymaga określenia położenia i istotnych cech przedmiotu umowy, zaś w pkt. 10 numeru pozwolenia na budowę wraz z określeniem organu, który go wydał. Oczywiście można twierdzić, że to dotyczy umowy deweloperskiej, a my mamy dokonać oceny pewnego działania dewelopera przed wejściem w życie ustawy i to bynajmniej niezależnego od tego, czy jakaś umowa odpowiadająca treści umowy deweloperskiej przed wejściem w życie ustawy została zawarta. Na argument ten można opowiedzieć, że owszem, nie dokonujemy oceny, czy umowa odpowiadająca umowie deweloperskiej została zawarta, ale nie możemy tracić z oczu całościowej regulacji ustawy. Wracając do sprawy własności gruntu, należy podkreślić, że ustawa nie wymaga (inaczej niż art. 9 u.w.l.), aby deweloper zawierający umowę deweloperską był właścicielem gruntu. Punkt 3 art. 22 ustawy wymaga tylko opisu w umowie

deweloperskiej oznaczenia właściciela gruntu. Tak samo załącznik do ustawy określający wzór prospektu informacyjnego (część III). Czy jest to przeoczenie ustawodawcy, czy świadome założenie, trudno powiedzieć. Faktem jest, że gdyby do ustawy w trzecim czytaniu w Sejmie nie dodano w art. 4 ustawy punktu 4, czyli otwartego mieszkaniowego rachunku powierniczego, to nawet gdyby deweloper nie był właścicielem gruntu, wpłaty nabywcy byłyby chronione. Wpłata z zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego następuje przecież po zawarciu umowy przenoszącej, zaś pkt 2 i 3 art. 4 ustawy gwarantują w razie odstąpienia od umowy przez nabywcę, że różnicę pomiędzy sumą wpłat przez niego dokonanych na rachunek otwarty a wypłaconych przez bank na rzecz dewelopera i zużytych przez niego na budowę otrzyma od banku lub towarzystwa ubezpieczeniowego w ramach odpowiedniej gwarancji.

IV. Zakres stosowania ustawy

Ustalenie zakresu stosowania ustawy winno dotyczyć strony podmiotowej oraz przedmiotowej. Wyznaczenie zbioru desygnatów pozwoli na ocenę, kto i jaką umowę zawierając, winien stosować do oceny jej skutków przepisy ustawy.

1. Strona podmiotowa – deweloper

Ustawa wprowadza definicję dewelopera. Jest nim przedsiębiorca, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej na podstawie umowy deweloperskiej zobowiązuje się do ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i przeniesienia własności tego lokalu na nabywcę albo do przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębną nieruchomość. Definicję przedsiębiorcy znajdziemy w kodeksie cywilnym (art. 43¹ k.c.). Jest to osoba prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Przedsiębiorca winien być ujawniony w rejestrze⁸. Może to być Krajowy Rejestr Sądowy lub Centralna Ewidencja i Informacja o Działalności

⁸ Art. 43² § 2 k.c.

Gospodarczej⁹. Trudno sobie wyobrazić, aby podmiot niebędący osobą fizyczną mógł zawrzeć zobowiązanie do zbycia nieruchomości poza prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą. Choć w podanym wyżej przykładzie ze szkołą wyższą chyba jest to możliwe. Taka sytuacja jest do pomyślenia w przypadku osoby fizycznej. Może ona występować w obrocie poza prowadzoną przez siebie działalnością gospodarczą. Nie każda jednak czynność przedsiębiorcy w ramach działalności gospodarczej pozwała na uznanie go za dewelopera w rozumieniu ustawy. Jest nim tylko i koniecznie zawarcie umowy deweloperskiej, a w jej ramach zobowiązanie dewelopera do ustanowienia prawa, o którym mowa w art. 1 ustawy, i przeniesienia tego prawa na nabywcę. Definicja umowy deweloperskiej (art. 3 ust. 5) oprócz jako koniecznego zobowiązania dewelopera do zobowiązania lub ustanowienia prawa, o którym mowa w art. 1 ustawy, wymienia także jako element przedmiotowo istotny określenie terminu wykonania tego zobowiązania – „po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego”. Brak jednak dookreślenia tego pojęcia. W definicji przedsięwzięcia deweloperskiego słusznie, jak się wydaje, podkreślono, że jest to **proces**, w wyniku realizacji którego na rzecz nabywcy ustanowione lub przeniesione zostaje prawo określone art. 1 ustawy. Nie jest on zatem tylko zbiorem czynności niezbędnych do powstania obiektu budowlanego i oddania go do użytkowania¹⁰, choć są (mogą być) one także elementem tej definicji (art. 3 ust. 6)¹¹. Inaczej mówiąc, ustalenie, kto jest deweloperem, uzależnione jest od podjęcia przez przedsiębiorcę **zamiaru zbywania** przedmiotu określonego w art. 1 ustawy, to jest lokalu

⁹ Ta ostatnia dotyczy tylko przedsiębiorców będących osobami fizycznymi, por. art. 23 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity – Dz.U. z 2010 r., nr 220, poz. 1447 ze zm.).

¹⁰ Jak się wydaje, do wąskiego rozumienia pojęcia „przedsięwzięcie deweloperskie” pojmowanego jako proces koniecznie obejmujący budowę przychyła się R. S t r z e l c z y k, *Charakter prawny umowy deweloperskiej w świetle ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Rejent 2012, nr 2, s. 119-120, a także B. S z c z y t o w s k a, [w:] H. C i e p ł a, B. S z c z y t o w s k a, *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Warszawa 2012, s. 58-60.

¹¹ Możliwość wąskiego lub szerokiego rozumienia pojęcia „przedsięwzięcie deweloperskie” wymaga głębszej analizy przekraczającej zakres niniejszego opracowania; por. K. M a j, *Przedsięwzięcie deweloperskie*, Rejent 2012, nr 4, s. 76-92.

mieszkalnego albo nieruchomości stanowiącej własność lub będącej w wieczystym użytkowaniu zabudowanej domem jednorodzinnym. Podjęcie takiego zamiaru pozwala uznać, że mamy do czynienia z przedsięwzięciem deweloperskim w rozumieniu ustawy. Definicja ustawowa nie określa początku czy elementu koniecznego do uznania, że mamy do czynienia z przedsięwzięciem deweloperskim, wskazując jedynie zamierzony jego skutek, którym jest przeniesienie własności lokalu lub domu jednorodzinnego. Ustalenie takie jest konieczne do możliwości uznania danej zawartej umowy za deweloperską. Umowa ta **musi** zawierać zobowiązanie do ustanowienia lub przeniesienia przedmiotu określonego w art. 1 po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego; bez podjęcia przez przedsiębiorcę zamiaru zbywania, o którym mowa wyżej, nie możemy mówić o przedsięwzięciu deweloperskim w rozumieniu ustawy, a tym bardziej o jego zakończeniu. Zobowiązanie do zbycia prawa określonego w art. 1 na podstawie (w ramach) umowy deweloperskiej jest elementem niezbędnym do uznania danego przedsiębiorcy za dewelopera. Takie szersze spojrzenie na to, kto jest deweloperem, sięgające do definicji umowy deweloperskiej oraz przedsięwzięcia deweloperskiego, ustalające moment podjęcia zamiaru zbywania jako miarodajny do przypisania danemu podmiotowi cechy dewelopera, uzasadniony jest także zakresem innych obowiązków wynikających z ustawy. Zatrzymanie się tylko na treści art. 3 ust. 1 (definicji dewelopera) pod znakiem zapytania stawiałoby sensowność możliwości wykonania przepisów art. 4, art. 5, art. 17, art. 21. Jeżeli zgodnie z literalnym brzmieniem definicji dewelopera jest nim przedsiębiorca, „który w ramach działalności gospodarczej **na podstawie umowy deweloperskiej** zobowiązuje się do ustanowienia (...)” **to nie jest nim przedsiębiorca, który nie zawarł żadnej umowy deweloperskiej**. Takie rozumienie pojęcia „deweloper” jest, jak się wydaje, błędne. Przyjmując taki punkt widzenia, przynajmniej do czasu zawarcia pierwszej umowy deweloperskiej, przedsiębiorca nie byłby obowiązany do zapewnienia nabywcom środków ochrony przewidzianych w art. 4, bo nie byłby jeszcze deweloperem. Także zawarcie umowy o prowadzenie otwartego lub zamkniętego mieszkaniowego rachunku powierniczego, o którym mowa w art. 5, ma być dokonane przez dewelopera. To wreszcie deweloper ma obowiązek sporządzić prospekt informacyjny – art. 17 ust. 1 oraz na żądanie osoby zainteresowanej zapewnić jej możliwość zapoznania się

dokumentami, o których mowa w art. 21. Jeszcze ostrzej ów dysonans definicyjny widoczny jest przy lekturze art. 32 ustawy. Znamię bycia deweloperem, pracownikiem dewelopera, osobą obowiązaną w ramach umowy z deweloperem do sporządzenia prospektu informacyjnego musi być rozumiane ściśle. I na gruncie prawa karnego wątpliwe może być ukaranie osoby, jeżeli przedsiębiorca nie zawarł jeszcze żadnej umowy deweloperskiej¹².

Nie wydaje się, aby deweloperem nie mogła być spółdzielnia mieszkaniowa. Oczywiście dotyczy to tylko jej działania w ramach działalności gospodarczej poza zakresem wyznaczonym w ustawie o spółdzielniach mieszkaniowych (u.s.m.), w szczególności nie podlega regulacji ustawy umowa o budowę lokalu, o której mowa w art. 18 u.s.m., ani tym bardziej umowa o ustanowienie spółdzielczego prawa do lokalu¹³.

2. Strona podmiotowa – nabywca

Nabywcą jest osoba fizyczna, która na podstawie umowy deweloperskiej uprawniona jest do przeniesienia na nią prawa, o którym mowa w art. 1, oraz zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa (art. 1 ust. 4 ustawy). Ze względu na podmiot z regulacji ustawy wyłączony jest stosunek prawny zawarty wprawdzie z deweloperem w rozumieniu ustawy, ale gdzie drugą stroną nie jest osoba fizyczna. Dotyczy to w szczególności podmiotów stanowiących spółki osobowe w rozumieniu kodeksu spółek handlowych – spółka jawna, partnerska, komandytowa i komandytowo-akcyjna. Podmioty te mogą być tworzone przez osoby fizyczne, nie mają one

¹² Byłoby tak, gdybyśmy uznali, że znamię bycia deweloperem jest spełnione w chwili zawarcia pierwszej umowy deweloperskiej przez przedsiębiorcę, a nie w chwili podjęcia przez niego zamiaru zawierania takich umów. Jeśli zamiar taki podejmie, pojawiają się po jego stronie pewne obowiązki, jak choćby konieczność sporządzenia prospektu informacyjnego (niespełnienie tego obowiązku jest wykroczeniem – art. 32 ust. 1 ustawy) oraz podania w nim prawdziwych informacji. Podanie nieprawdziwych informacji w prospekcie lub zatajenie informacji prawdziwych jest już przestępstwem – art. 33 ustawy. Takie niezasadnione różnicowanie sankcji należy ocenić krytycznie.

¹³ Tak też R. Strzelczyk, *Charakter prawny...*, s. 123; por. także N. Banaś, M. Krześ, *Umowa deweloperska jako nowa umowa nazwana – wybrane uwagi na temat ustawy z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, Rejent 2012, nr 2, s. 26; B. Szczytowska, [w:] H. Cieplą, B. Szczytowska, *Ustawa o ochronie praw...*, s. 50, notka 3.

osobowości prawnej, ale mają specyficzną określoną zdolność prawno-handlową¹⁴. Regulacji ustawy podlega umowa, w której nabywcą jest spółka cywilna osób fizycznych. **Bez znaczenia jest, czy nabywca będący osobą fizyczną umowę deweloperską zawiera w ramach działalności gospodarczej, czy też nie.** Definicja nabywcy w ustawie **nie przekreśla** środków ochrony w przypadku, gdy osoba fizyczna przy zawarciu umowy deweloperskiej oświadcza, że zawiera **ją z ramach, w związku czy na potrzeby** prowadzonej przez nią działalności gospodarczej¹⁵. Wydaje się, że brak wyłączenia z definicji nabywcy osoby fizycznej, która lokal mieszkalny (dom jednorodzinny) nabywa na potrzeby (czy w związku z) działalności gospodarczej stanowi nieuzasadnione uprzywilejowanie jednej ze stron działającej w obrocie profesjonalnym¹⁶.

3. Strona przedmiotowa – elementy konieczne po stronie dewelopera

Umowa deweloperska musi zawierać zobowiązanie dewelopera do ustanowienia lub przeniesienia po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego prawa własności lokalu mieszkalnego albo nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinny lub prawa wieczystego użytkowania nieruchomości zabudowanej takim domem oraz zobowiązanie nabyw-

¹⁴ Na ten temat: Z. R a d w a ŋ s k i, *Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z 14 lutego 2003 roku*, PS 2003, nr 7-8, s. 6; J. F r a c k o w i a k, *Instytucje prawa handlowego w kodeksie cywilnym*, Rejent 2003, nr 6, s. 23 i nast.; A. K i d y b a, *Niektóre skutki wprowadzenia do obrotu handlowego trzeciej kategorii podmiotowej*, PPH 2004, nr 12, s. 12; G. G o r c z y ŋ s k i, *Spółka jawna jako podmiot prawa*, Warszawa 2009, s. 97 i nast.; M. T y r a k o w s k a, *Podmiotowość cywilnoprawna osób ustawowych na przykładzie spółki jawnej*, PPH 2010, nr 5, s. 32 i nast.).

¹⁵ Odmienne – N. B a n a s, M. K r z e ś, *Umowa deweloperska...*, s. 13, z powołaniem się na pierwszy wypowiedziany w tym zakresie pogląd R. S t r z e l c z y k a, *Umowa deweloperska – nowa czynność prawna*, Notariusz 2011, nr 10, s. 1. Przyjmując takie zapatrywanie, umową deweloperską byłaby tylko umowa zawierana przez przedsiębiorcę-dewelopera z osobą fizyczną, która jednocześnie jest konsumentem w rozumieniu art. 22¹ k.c. W kolejnej jednak wypowiedzi (*Charakter prawny...*, s. 124) R. Strzelczyk nie ogranicza zakresu stosowania ustawy tylko do osoby fizycznej będącej konsumentem.

¹⁶ Ze wszystkimi tego konsekwencjami, w szczególności w zakresie stosowania środków ochrony wpłat nabywcy (art. 4 ustawy) czy też zmian wprowadzonych do postępowania upadłościowego (osobna masa upadłości – wprowadzony ustawą przepis art. 425² ust. 1 ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze); B. S z c z y t o w s k a, [w:] H. C i e p ł a, B. S z c z y t o w s k a, *Ustawa o ochronie praw...*, s. 54-55.

cy do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa (art. 3 ust. 5). **Mimo że jest to umowa nazwana, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że jest to szczególny rodzaj sprzedaży.** W obu bowiem przypadkach istotą jest zobowiązanie do przeniesienia własności rzeczy (prawa wieczystego użytkowania) z jednej strony, z drugiej zaś do zapłaty ceny. Wprawdzie definicja umowy deweloperskiej nie mówi o zobowiązaniu do wydania rzeczy po stronie dewelopera, zaś z drugiej strony o zobowiązaniu nabywcy do odbioru rzeczy, jednak art. 22 i art. 27 ustawy w sposób bardzo szczegółowy uzupełniają treść umowy deweloperskiej oraz sposób jej wykonania.

Skoro umowa deweloperska ma doprowadzić do przeniesienia własności nieruchomości (prawa wieczystego użytkowania nieruchomości), zasadne jest wpięrow rozpatrzenie jej charakteru z punktu widzenia podstawowych zasad dotyczących przeniesienia własności nieruchomości. Przy czym za przeniesienie własności należy rozumieć przejście własności w drodze umowy. Wyróżnić można sześć podstawowych zasad: podwójnego skutku umowy zobowiązującej do przeniesienia własności, konsensualności, kausalności, zakazu przeniesienia własności nieruchomości pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu, wymogu formy aktu notarialnego oraz translatywności przeniesienia¹⁷.

Umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości co do zasady przenosi własność na nabywcę. Co do zasady, bowiem może być wyłączona na mocy przepisu szczególnego albo na mocy porozumienia stron umowy. Na tych dwóch wyjątkach można by się zatrzymać, przyjmując założenie, że przedmiotem umowy zobowiązującej do przeniesienia własności nieruchomości może być tylko rzecz oznaczona co do tożsamości. Inaczej mówiąc, uznając, że nieruchomość będąca przedmiotem takiej umowy jest zawsze rzeczą oznaczoną co do tożsamości. W doktrynie sporne jest, czy nieruchomość może być rzeczą oznaczoną co do gatunku¹⁸. Gdyby uznać, że tak być może, do przeniesienia wła-

¹⁷ Por. E. Drozd, *Przeniesienie własności nieruchomości*, Warszawa 1974, s. 25-38, J.S. Piątkowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. II: *Prawo własności i inne prawa rzeczowe*, red. J. Ignatowicz, Warszawa 1977, s. 227-237 oraz 240-251. Pierwsza powołana rozprawa E. Drozda mimo upływu prawie 40 lat od jej wydania nadal jest pracą podstawową w cywilistyce polskiej w zakresie przeniesienia własności nieruchomości.

¹⁸ Sprawa ta jest oczywista w doktrynie francuskiej.

sności tak kwalifikowanej nieruchomości niezbędne byłoby jeszcze przeniesienie posiadania. Co nie wyklucza spełnienia kolejnego koniecznego warunku, jakim może być wpis do księgi wieczystej. Zasada konsensualności łączy się niejako z pierwszą wyżej wskazaną, tym bardziej że jest określona w tym samym przepisie art. 155 § 1 k.c. Kauzalność przy przeniesieniu własności polega na tym, że ważność umowy przenoszącej własność zależy od ważności zobowiązania (z reguły stosunku obligacyjnego, ale nie tylko, gdyż może to być np. zapis, bezpodstawne wzbogacenie). Jeżeli podstawa przeniesienia (zobowiązanie) jest nieważna, powoduje to nieważność przeniesienia własności. Pewne trudności mogą pojawić się w uchwyceniu jej w czystej formie przy umowie o podwójnym skutku zobowiązująco-rozporządzającym. Zakaz przeniesienia własności nieruchomości pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu dyktowany jest troską o przejrzystość stosunków własnościowych. Ustawodawca słusznie zakłada, że nieruchomość nie może mieć dwóch właścicieli. To ogólne założenie nie wyklucza możliwości zawarcia umowy zobowiązującej do przeniesienia własności o skutkach tylko obligacyjnych, zawartej pod warunkiem lub z zastrzeżeniem terminu. W takim jednak przypadku do przeniesienia własności potrzebne jest dodatkowe porozumienie stron obejmujące ich bezwarunkową zgodę na niezwłoczne przejście własności (art. 157 § 2 k.c.). Również z zasady zarówno umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości (zarówno o podwójnym skutku, jak i wyłącznie obligacyjna), jak i umowa przenosząca własność nieruchomości winny być zawarte w formie aktu notarialnego. Zasada translatywności przeniesienia nie jest wprost wypowiedziana w kodeksie cywilnym, a wynika z rzymskiej paremii *nemo plus iuris transfere potest quam ipse habet*. Przenieść własność nieruchomości może tylko ten, komu przysługuje prawo własności. Wydaje się, że zasada ta była i jest rozumiana ściśle. Nie wydaje się, aby wskazywane w literaturze wyjątki od niej były nimi w rzeczywistości¹⁹. W szczególności nabycie osłonięte rękojnią wiary publicznej ksiąg wieczystych od osoby niebędącej właścicielem określa tylko skutek pod stroną nabywcy czynności dokonanej z osobą uprawnioną według treści księgi. Nabywa on prawo własności, które nie zostało przeniesione, ponieważ nie przysługiwało

¹⁹ Por. J.S. Piątkowski, *System...*, s. 239.

zbywcy. A ponieważ zbywcy nie przysługiwało, nie mógł go on przenieść. Podobnie ma się rzecz z osobą, która uzyskała stwierdzenie nabycia spadku, a spadkobiercą nie jest i dokonuje rozporządzenia prawem należącym do spadku (art. 1028 k.c.). To bardzo krótkie przypomnienie zasad dotyczących przeniesienia własności nieruchomości upoważnia do następujących spostrzeżeń. Umowa zobowiązująca do przeniesienia własności wywołująca jednocześnie skutek rozporządzający lub umowa przeniesienia własności – mimo, w pierwszym przypadku, skutku przypisanego przez ustawę, zaś w drugim swej nazwy – mogą nie przenosić własności. Dotyczy to w szczególności przypadku, gdy jej przedmiotem jest nieruchomość będąca rzeczą przyszłą. Przy czym rzeczą przyszłą może być przedmiot materialny, który dopiero w przyszłości powstanie, a zatem powstanie też jego prawo własności albo przedmiot już materialnie istniejący, któremu przymiot bycia rzeczą mogącą stanowić odrębny przedmiot własności nada przepis prawa. Ten ostatni przypadek będzie przedmiotem dalszych rozważań w zakresie, w którym przedmiotem umowy deweloperskiej będzie lokal mieszkalny. Treść art. 157 § 1 k.c. nie jest błędna. Własność nieruchomości nie może być przeniesiona pod warunkiem ani z zastrzeżeniem terminu. Zakaz ów odnosi się do przeniesienia własności, a nie do umowy mającej w zamyśle stron przenieść własność. Przecież do przeniesienia własności rzeczy przyszłych potrzebne jest jeszcze przeniesienie posiadania, jeżeli nie nastąpiło najpóźniej z chwilą zawarcia umowy zobowiązująco-rozporządzającej lub umowy przenoszącej własność (która taką jest tylko z nazwy). Tym bardziej poprawna jest treść § 2 art. 157 k.c. Do przeniesienia własności potrzebne jest dodatkowe porozumienie stron obejmujące ich bezwarunkową zgodę na przejście własności. Tu ustawodawca poprawnie wskazuje, że bezwarunkowa zgoda na przejście własności jest potrzebna do przejścia własności, ale nie znaczy to, że zawsze wystarczy.

Z punktu widzenia przytoczonych wyżej, a z oczywistych względów skrótowych rozważań dotyczących zasad rządzących umową przeniesienia własności nieruchomości, zasadne jest pytanie, jaką umową jest umowa deweloperska? Jakie skutki wywołuje w zakresie przeniesienia własności nieruchomości, czy wywołuje i czy skutki te mogą być zmienione na mocy porozumienia stron. Zanim do tego przyjdziemy, rozważyć należy podstawowe zobowiązania stron tej umowy. Ich treści należy poszukiwać

w art. 1, art. 3 ust. 5 i art. 22 ustawy. Wyróżnić możemy cztery podstawowe skutki, jakie mogą (lub powinny) nastąpić na mocy umowy deweloperskiej (pozostawiamy obecnie na boku rozważenie, czy tylko na mocy umowy deweloperskiej, czy też wymagane są inne elementy): a) nabywca ma się stać właścicielem lokalu mieszkalnego, b) właścicielem nieruchomości zabudowanej domem jednorodinnym, c) użytkownikiem wieczystym nieruchomości gruntowej oraz właścicielem domu jednorodzinnego stanowiącego odrębną nieruchomość, d) współwłaścicielem nieruchomości, któremu przysługuje prawo do wyłącznego korzystania z części nieruchomości służącej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych.

Ad a) Art. 1 ustawy mówi o zobowiązaniu do ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego **i** przeniesienia własności tego lokalu na nabywcę. Definicja umowy deweloperskiej zawarta w art. 3 ust. 5 ustawy precyzuje, że jest to umowa, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia **lub** przeniesienia na nabywcę własności lokalu mieszkalnego **po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego**. Przepis art. 22 ust. 1 pkt. 22 wprowadza do umowy **zobowiązanie do wybudowania budynku**, wyodrębnienia lokalu mieszkalnego i przeniesienia prawa własności tego lokalu na nabywcę. Każdy z tych trzech przepisów rozpatrywany w oderwaniu od pozostałych, a także całościowej regulacji ustawy mógłby prowadzić do wniosku, że zakres każdego z nich jest różny. Według pierwszego można twierdzić, że nie może on obejmować lokalu **już** wybudowanego przez dewelopera (albo nabytego przez niego w celu zbycia na nabywcę w rozumieniu ustawy), który stanowi odrębną nieruchomość (ma założoną księgę wieczystą). A wynika to z użytego spójnika „i” – „zobowiązuje się do ustanowienia odrębnej własności **i** przeniesienia własności tego lokalu na nabywcę”. Nie musi to być jednak lokal wybudowany (wykonany) przez dewelopera. Może to być lokal znajdujący się w budynku nabytym przez dewelopera w celu zbycia znajdujących się w nim lokali. Z definicji umowy deweloperskiej zawartej w art. 3 ust. 5 ograniczenie wyżej wskazane znika. A to przez użycie alternatywy „deweloper zobowiązuje się do ustanowienia **lub** przeniesienia”. Stosując formalne zasady logiki, umową deweloperską mającą za przedmiot lokal mieszkalny byłaby: umowa zobowiązująca do ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i jego przeniesienia

na nabywcę, umowa zobowiązująca do przeniesienia własności lokalu mieszkalnego na nabywcę oraz umowa zobowiązująca do **ustanowienia na nabywcę lokalu mieszkalnego**. Jak łatwo zauważyć, możliwy do wyobrażenia wynik takiego rozumowania obejmujący trzeci rezultat byłby zgoła niedorzeczny. Bo co przenosiłoby własność lokalu na nabywcę? Dlatego też należy go odrzucić. Chyba że ustanowienie byłoby rozumiane jako także przeniesienie; wówczas zobowiązanie do przeniesienia własności lokalu mieszkalnego na nabywcę obejmowałoby także ustanowienie na nabywcę lokalu mieszkalnego (ale nie tylko). I z tego także punktu widzenia nie można zaakceptować tego wyniku.

Z dwóch pozostałych pierwsza zakłada, że nabywca wraz z deweloperem ustanowią odrębną własność, co prowadzi do tego, że w takim przypadku przedmiotem umowy deweloperskiej nie mógłby być już istniejący (mający założoną księgę wieczystą) lokal mieszkalny. Takiego ograniczenia nie wymaga jednak sytuacja druga. W sytuacji drugiej możliwe zatem jest zawarcie umowy deweloperskiej odnośnie do lokalu mieszkalnego i to zarówno **już istniejącego w sensie prawnym (mającego założoną księgę wieczystą)**²⁰, jak i istniejącego w sensie fizycznym (zakończony proces budowlany), **ale prawnie niewyodrębnionego jako przedmiot odrębnej własności**. W obu przypadkach nie jest konieczne, aby to deweloper był osobą, która lokal wybudowała²¹. Czy aby na pewno? Pojawia się jednak pytanie o zawarte w definicji umowy deweloperskiej stwierdzenie „po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego”. Pojęcie to także jest zdefiniowane w ustawie – art. 3 ust. 6. Choć są w niej szczegółowo określone elementy, które wchodzi w skład **procesu** prowadzącego do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę przedmiotu określonego w art. 1 ustawy (w tym między innymi lokalu mieszkalnego), nie mogą one być uznane za wyczerpujące ani tym bardziej za przekreślające możliwość uznania, że to niekoniecznie deweloper musi być podmiotem je realizującym. W wielu przypadkach tak też będzie. W szczególności przygotowanie projektu budowlanego oraz sama budowa często nie jest prowadzona przez dewelopera. Większe znaczenie w tej definicji

²⁰ Wydaje się, że odmienne stanowisko zajmuje R. Strzelczyk, *Charakter prawny...*, s. 119-120.

²¹ Ograniczenia takiego nie formułuje żaden przepis ustawy.

ma wskazanie, że jest to **proces**, a zatem zbiór pewnych elementów faktycznych oraz prawnych (mających znaczenie prawne), które ukierunkowane są na ustanowienie lub przeniesienie na rzecz nabywcy prawa, o którym mowa w art. 1 ustawy i którego elementem końcowym jest to przeniesienie. Takie spojrzenie na tę definicję pozwala poprzestać na stwierdzeniu, że liczy się tutaj skutek – przeniesienie prawa. Nie jest wymagane do tego skutku, aby to deweloper sam dokonał czynności faktycznych i prawnych niezbędnych do tego skutku, w szczególności, aby to on był podmiotem prowadzącym budowę. Gdyby zająć stanowisko przyjmujące, że wyliczenie elementów tego procesu w definicji jest wyczerpujące, przedsięwzięcie deweloperskie kończyłoby się w chwili oddania obiektu budowlanego do użytkowania. Z tą chwilą pojawiałoby się pytanie o sens tego pojęcia w definicji umowy deweloperskiej. Skoro umową deweloperską jest umowa, w której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę prawa **po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego**, to czy możemy mówić o umowie deweloperskiej po oddaniu obiektu budowlanego do użytkowania? Można także wskazać, iż mogą zdarzyć się sytuacje, że deweloper nabywa już istniejący budynek, w którym to zbywca (osoba od której nabył deweloper) dokonał budowy i uzyskał pozwolenie na budowę, czy nawet deweloper nabywa lokale mieszkalne stanowiące odrębne nieruchomości z zamiarem ich zbycia. Czy w takiej sytuacji nie jest możliwe zawarcie przez niego umowy deweloperskiej? Oczywiście, że jest możliwe. Stwierdzenie w definicji umowy deweloperskiej „po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego” w takim przypadku wbrew pozorom nie jest pustym odniesieniem, jeżeli uznamy, że zakończeniem jest przeniesienie prawa na nabywcę. I to przeniesienie w istocie kończy przedsięwzięcie deweloperskie dla danego przedmiotu. Nie stoi na przeszkodzie uznaniu za umowę deweloperską w takiej sytuacji także treść art. 22 ust. 1 pkt 18 *in principio*, który określa, że umowa deweloperska zawiera w szczególności „zobowiązanie dewelopera do wybudowania budynku (...)”. Jeżeli deweloper był inwestorem i budynek już wybudował albo nabył już istniejący budynek i zamierza zbywać lokale, oczywiście jest, że zamieszczenie w treści umowy deweloperskiej jego zobowiązania do wybudowania budynku byłoby bezprzedmiotowe. Chyba że uznałoby się, iż w takiej sytuacji deweloper nie może zawrzeć umowy deweloperskiej. Tylko co uzasadniałoby takie

stanowisko, **skoro istotą regulacji jest ochrona wpłat nabywcy w każdym przypadku, w którym deweloper zobowiązuje się do przeniesienia na rzecz nabywcy prawa określonego w art. 1?**

Ad b) i ad c) W zakresie nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym występują drobne różnice słowne pomiędzy treścią art. 1, a art. 22 ust. 1 pkt 18. Ten pierwszy mówi o zobowiązaniu do „przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości **zabudowanej** domem jednorodzinnym”, drugi określa zobowiązanie dewelopera do „przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości **wraz z** domem jednorodzinnym”. Nie przekreślają one jednak wniosku, że i w jednym i w drugim przypadku istotą jest, że w efekcie na nieruchomości gruntowej będącej przedmiotem umowy deweloperskiej ma znajdować się jako część składowa dom jednorodzinny. Ustawa samodzielnie definiuje to pojęcie jako dom mieszkalny, jak również samodzielną część domu bliźniaczego lub szeregowego przeznaczoną przede wszystkim do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych (art. 3 ust. 3). Nie odwołuje się do znaczenia tego pojęcia wynikającego z ustawy prawo budowlane²², co jest kolejnym polem do różnic interpretacyjnych. Nie wskazuje też (przynajmniej bezpośrednio), że w chwili przeniesienia na nabywcę dom jednorodzinny **musi** nadawać się do zamieszkania w sensie faktycznym czy też że **musi** być zakończona jego budowa w rozumieniu prawa budowlanego. Uwagi te są także aktualne, jeżeli przedmiotem umowy deweloperskiej ma być prawo wieczystego użytkowania nieruchomości gruntowej oraz własność domu jednorodzinnego stanowiącego odrębną nieruchomość.

Ad d) Ani definicja umowy deweloperskiej, ani jej przedmiot określony w art. 1 ustawy nic nie wspominają o ułamkowej części własności nieruchomości wraz z prawem do wyłącznego korzystania z części nieruchomości służącej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych. O tym, że umowa deweloperska może (powinna? musi?) zawierać zobowiązanie dewelopera do przeniesienia takiego udziału mowa jest w art. 22 ust. 1 pkt 18 *in fine* ustawy. Brak jest bliższego określenia, czym ta część nieruchomości służącej zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych ma być.

²² Por. art. 3 ust. 2 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. z 2010 r., nr 243, poz. 1623) zawierający definicję budynku mieszkalnego jednorodzinnego.

Domem jednorodzinnym, jego częścią, zespołem izb, które mogłyby stanowić lokal mieszkalny? Nie wiadomo. Skoro dopiero tutaj pojawia się możliwość, że przedmiotem umowy deweloperskiej może być zobowiązanie do przeniesienia ułamkowej części nieruchomości, choć niewymieniony wcześniej w ustawie – analogicznie winien być traktowany udział w ułamkowej części prawa użytkowania wieczystego.

4. Skutek umowy deweloperskiej

Skoro ustaliliśmy, że umowa deweloperska jest umową zobowiązującą do przeniesienia własności nieruchomości, a także jej części lub prawa wieczystego użytkowania nieruchomości, zasadne staje się pytanie, jaki skutek wywiera taka umowa. Skoro jest to umowa zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy oznaczonej co do tożsamości, to z ogólnej zasady wynikającej z art. 155 § 1 k.c. wynika, że umowa taka z zasady własność przenosi. Oczywiście, jak wspomniano wyżej, o ile przepis ustawy lub wola stron nie wyklucza skutku rozporządzającego. Umowa taka skutku rozporządzającego także nie wywołą, gdy przedmiot umowy w chwili jej zawarcia jeszcze nie istnieje (dotyczy to w szczególności lokalu stanowiącego odrębną nieruchomość) lub deweloper nie jest właścicielem przedmiotu umowy deweloperskiej²³. Wówczas umowa deweloperska, o ile nie zachodzą inne przesłanki wadliwości czynności prawnej, wywołą wyłącznie skutek obligacyjny. W ustawie nie znajdziemy wprost przepisu, który umowie deweloperskiej przypisywałby skutek tylko obligacyjny. Oczywiście uważna lektura tekstu ustawy może do-

²³ W chwili zawierania umowy deweloperskiej deweloper nie musi być właścicielem (wieczystym użytkownikiem) gruntu, na którym ma być wybudowany budynek (w którym znajdował się będzie lokal mieszkalny) lub dom jednorodzinny. Zobowiązanie do zbycia cudzej rzeczy jest zobowiązaniem ważnym, jeśli nie zachodzą inne przesłanki wadliwości czynności prawnej. Za całkowicie błędne uznaję stanowisko R. Strzelczyka (*Charakter prawny...*, s. 119), który twierdzi, że z definicji umowy deweloperskiej wynika, iż deweloper musi być właścicielem (wieczystym użytkownikiem) nieruchomości, bowiem w przeciwnym razie nie mógłby się zobowiązać do przeniesienia na nabywcę praw (zasada *nemo plus*). Zasadę *nemo plus* ... możemy i musimy stosować do oceny czynności rozporządzających lub zobowiązująco-rozporządzających, ale nie czysto zobowiązujących! Por. w tym zakresie wyrok SN z dnia 7 maja 2004 r., I CK 638/03 (Lex 585674) oraz wyrok SN z dnia 20 listopada 2009 r., III CSK 56/09 (Lex 668687).

prowadzić do wniosku, że **głównie** jest ona nakierowana na sytuację, gdy w chwili zawarcia umowy deweloperskiej nie jest możliwe przeniesienie własności jej przedmiotu, gdyż on jeszcze nie istnieje. Ale nie znaczy to, że reguluje ona **wyłącznie** takie przypadki²⁴. Można także próbować wyprowadzić skutek tylko i wyłącznie obligacyjny umowy deweloperskiej z wielu jej przepisów rozpatrywanych łącznie. Po pierwsze, skoro w definicji zawartej w art. 3 ust. 5 jest mowa o zobowiązaniu dewelopera do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę „**po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego** prawa, o którym mowa w art. 1”, to znaczy to, że umowa ta może mieć tylko skutek obligacyjny. Wskazałem już wyżej, że zakończenie przedsięwzięcia deweloperskiego to nie zakończenie budowy, a chwila przeniesienia prawa określonego w art. 1 ustawy na nabywcę. W chwili zawierania umowy deweloperskiej z reguły jej przedmiot nie będzie istniał (lokal lub dom rodzinny nie będą jeszcze wybudowane). Siłą rzeczy zatem umowa deweloperska nie na mocy ustalenia stron, a w braku możliwości wywołania skutku ustawowego będzie miała wyłącznie skutek obligacyjny. Jeżeli stwierdzeniu „po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego” przypiszemy znaczenie „po zakończeniu budowy i oddaniu obiektu budowlanego przez dewelopera do użytkowania” poza możliwym zakresem zawarcia umowy deweloperskiej pozostawimy lokale czy domy wybudowane przez dewelopera, co do których do chwili zakończenia procesu budowlanego nie zostały zawarte umowy deweloperskie. Inaczej mówiąc, umowy deweloperskie będą mogły

²⁴ Rozumiejąc szeroko pojęcie „przedsięwzięcie deweloperskie” dopuszczam możliwość zawarcia umowy deweloperskiej wówczas, gdy lokal fizycznie istnieje, a nawet gdy ma założoną księgę wieczystą. W takim przypadku umowa deweloperska stałaby się umową o podwójnym skutku zobowiązująco-rozporządzającym, gdyby strony skutku rozporządzającego nie wyłączyły. Na te rozważania nałożyć trzeba jednak główną płaszczyznę celu ustawy, jakim jest ochrona wpłat nabywcy przed przeniesieniem własności. Umowa deweloperska nie jest potrzebna, gdy ma nastąpić przeniesienie własności. Jest potrzebna, gdy powstaje tylko zobowiązanie do przeniesienia własności. I to nie zawsze. Tylko wtedy, gdy za tym zobowiązaniem ma pojawić płatność choćby złotówki na rzecz dewelopera przed przeniesieniem własności. Gdy lokal lub dom jest gotowy, a deweloper godzi się, że cała cena zostanie zapłacona po przeniesieniu własności, strony mogą zawrzeć umowę przedwstępną lub umowę sprzedaży o skutku tylko obligacyjnym. Gdy jednak deweloper ma z tego tytułu dostać choćby złotówkę na poczet ceny przed przeniesieniem własności, strony **muszą** zawrzeć umowę deweloperską.

być zawierane tylko do chwili zakończenia budowy i oddania do użytkowania. Później tylko umowy sprzedaży lub poprzedzające je umowy przedwstępne. Ale do nich nie stosowałoby się rygorów ustawy. W takim też przypadku, jeżeli deweloper nabył już istniejące lokale czy domy w celu ich sprzedaży, nie mógłby odnośnie do nich zawierać umów deweloperskich. Ani też nie musiałby tego robić. **Stanowisko takie uważam za błędne. Podstawowy cel ustawy – ochrona wpłat nabywcy uzasadnia, na ile to możliwe, stosowanie przepisów ustawy do maksymalnie szerokiej grupy przypadków praktycznych.** Po drugie, w art. 22 ust. 1 pkt. 7) wyraźnie stanowi, że umowa deweloperska winna zawierać „termin przeniesienia na nabywcę prawa, o którym mowa w art. 1”, a zatem wynika z tego, że umowa deweloperska nie może przenieść własności, skoro jest mowa o terminie przeniesienia prawa. Na argument ten można odpowiedzieć następująco: owszem umowa deweloperska winna zawierać termin przeniesienia prawa, ale to dotyczy wypadków, gdy ze względu na brak przedmiotu w chwili zawarcia umowy deweloperskiej nie jest możliwe przeniesienie prawa lub wprawdzie przedmiot istnieje (np. lokale istniejące i nie zbyte do chwili zakończenia procesu budowlanego), ale **strony swoją wolą** wyłączyły skutek rozporządzający lub **poprzez płaszczyznę celu ustawy – ochrona wpłat nabywcy** – uznamy, że umowa deweloperska może być zawsze umową tylko o skutku obligacyjnym. Tak też zdaje się będzie najczęściej, gdy nabywca częściowo lub w całości świadczenie pieniężne na rzecz dewelopera finansował będzie z kredytu bankowego. Wtedy umowa deweloperska dla banku stanowić będzie podstawę udzielenia kredytu. Nie można także wywodzić, że skoro w wielce szczegółowym przepisie art. 22 ust. 1 znajduje się regulacja pkt. 7 dotycząca terminu, to umowa deweloperska **zawsze teoretycznie mogłaby być** umową tylko o skutku obligacyjnym. Gdyby tak twierdzić, wówczas deweloper nie mógłby zawierać umów deweloperskich odnośnie do lokali już wybudowanych, ale, dajmy na to, przed uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie, bowiem pkt 6 tego przepisu wymaga, aby umowa deweloperska zawierała zakres i standard prac, do wykonania których deweloper się zobowiązuje. Podobnie pkt 11 tego przepisu dotyczący terminu rozpoczęcia i **zakończenia** prac budowlanych danego przedsięwzięcia deweloperskiego. Oczywiście jest, jeżeli prace zostały zakończone, żadnych postanowień w tym zakresie umowa deweloperska zawierać nie

musi. Uwagi te można jeszcze odnieść do pkt. 13 (odsetki i kary umowne – przecież strony nie **muszą** tego regulować) czy pkt. 16 (termin odbioru – nie można wykluczyć, że zwłaszcza przy zawieraniu umowy deweloperskiej po zakończeniu budowy w chwili jej zawarcia lokal będzie odebrany czy wręcz wydany w posiadanie). Oczywiście są tu wskazane przypadki po zakończeniu budowy. Ale także, jeżeli umowa deweloperska jest zawierana **przed** uzyskaniem pozwolenia na budowę, z oczywistych względów jego opis w takiej umowie wymagany przez pkt 10 się znajdzie. Po trzecie, **roszczenie** z umowy deweloperskiej między innymi o przeniesienie prawa będącego jej przedmiotem ujawnia się księdze wieczystej. Ale to nie jest argument za tym, że umowa deweloperska **nie mogłaby** przenieść własności. Jeżeli ma skutek wyłącznie obligacyjny, wówczas powstaje roszczenie, a ono jest ujawniane w księdze wieczystej. Wydaje się zatem, że nie można uznać, iż **przepis ustawy** stanowi o tym, że umowa deweloperska z zasady ma skutek wyłącznie obligacyjny. **Wynika to jednak z celu określonego w art. 1 ustawy, jakim jest ochrona wpłat nabywcy.**

5. Podsumowanie

Powyższe rozważania prowadzą do następujących wniosków:

– wąskie rozumienie pojęcia „przedsięwzięcie deweloperskie”, zgodnie z którym **musi** ono obejmować budowę i **kończy się** wraz z zakończeniem budowy w świetle przepisów ustawy – Prawo budowlane poprzez uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie lub brak sprzeciwu co do zamiaru przystąpienia do użytkowania obiektu budowlanego, wyznacza zarazem **możliwość i powinność** zawarcia umowy deweloperskiej; po oddaniu obiektu do użytkowania **nie ma** możliwości zawierania umowy deweloperskiej **ani takiego obowiązku**,

– szerokie rozumienie pojęcia „przedsięwzięcie deweloperskie”, jako procesu kończącego się przeniesieniem na nabywcę prawa określonego w art. 1 ustawy, przesuwając ciężar oceny na cel ustawy, a jest nim ochrona praw nabywcy, w szczególności wpłat przez niego dokonanych. Możliwość i powinność zawarcia umowy deweloperskiej w takim przypadku **nie jest** uzależniona ani od konieczności wybudowania przez dewelopera przedmiotu umowy, ani od momentu formalnego zakończenia procesu

budowlanego. Inaczej mówiąc, jeżeli deweloper sam wybudował przedmiot umowy, **nadal może i musi** zawierać umowy deweloperskie, jeśli są to umowy o skutku wyłącznie zobowiązującym, a przed przeniesieniem własności chce otrzymać choćby złotówkę na poczet świadczenia pieniężnego (ceny) od nabywcy. Jeśli godzi się na to, aby cała cena została zapłacona po przeniesieniu własności, nie widać przeszkód, aby mógł zawrzeć umowę przedwstępną w tym zakresie, a nie koniecznie umowę deweloperską. Uznanie szerszego znaczenia przedsięwzięcia deweloperskiego skutkuje także tym, że jest ona właściwa również w przypadku, gdy deweloper nie wybudował sam obiektu budowlanego, ale nabył lokale lub domy w celu dalszego zbycia.

Krzysztof Maj – notariusz w Krakowie.