

# Kryzys weryfikuje prawo

PAWEŁ KUGLARZ

**Kryzys, odczuwalny przede wszystkim na rynku finansowym, paradoksalnie może stanowić także szansę udoskonalenia systemu prawnego. Wracamy do tematu hipoteki budowlanej**

**M**amy czas intensywnej weryfikacji istniejących instytucji prawnych. Problem efektywnego zabezpieczenia uczestników procesu inwestycyjnego w obszarze budownictwa nabiera szczególnego znaczenia. Trudna sytuacja finansowa – z jednej strony deweloperów, a z drugiej firm budowlanych, zwłaszcza z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, to papiererek lakmusowy prawidłowości istniejących regulacji. Zgodnie z przysłowiem o prawdziwych przyjaciółach, których poznaje się w biedzie, w kryzysie sprawdza się jak prawo zabezpiecza bezpieczeństwo obrotu. Pojawiające się trudności płatnicze odczuwają zarówno zwykli nabywcy mieszkań, jak i firmy budowlane. Powoduje to zagrożenie upadłością podmiotów gospodarczych, jak i ich klientów. Dotychczasowe regulacje nie sprawdzają się.

Kiedy ponad 6 lat temu zgłosiliśmy, jako Polsko-Niemieckie Centrum Prawa Bankowego UJ, propozycję wprowadzenia ustawy o rachunkach powierniczych i umowach deweloperskich, twierdzono, że jest to regulacja kosztowna (szacowano wzrost kosztu nabycia mieszkania na 2-4 proc.) i niepotrzebna. Wydaje się, że w kontekście późniejszego wzrostu cen oraz groźby utraty majątku przez wielu nabywców mieszkań w razie upadłości deweloperów, wątpliwości te negatywnie zweryfikowało życie. Kiedy 3 lata temu proponowaliśmy wprowadzenie hipoteki budowlanej, podnoszono zbędność takiej regulacji wobec istnienia Ustawy o gwarancjach zapłaty oraz art. 647<sup>1</sup> k.c. Dziś Ustawa o gwarancjach zapłaty wypadła z obiegu prawnego, a stosowanie art. 647<sup>1</sup> k.c. nie daje efektywnego zabezpieczenia wykonawcom i podwykonawcom.

## Solidarna odpowiedzialność

Art. 647<sup>1</sup> § 5 k.c. statuuje zasadę solidarnej odpowiedzialności inwestora i wykonawcy oraz podmiotów zawierających umowę z podwykonawcą, za zapłatę wynagrodzenia za roboty budowlane wykonane przez podwykonawcę (solidarność dłużników z art. 366 k.c.). Zgodnie z niniejszym przepisem, to on będzie decydować, do kogo wystąpi z roszczeniem o zapłatę należnego mu wynagrodzenia – do inwestora czy do wykonawcy. Wierzyciel będzie zatem ponosił odpowiedzialność za zapłatę wynagrodzenia osobie, z pomocą której dłużnik wykonuje swoje zobowiązanie. Wszy-

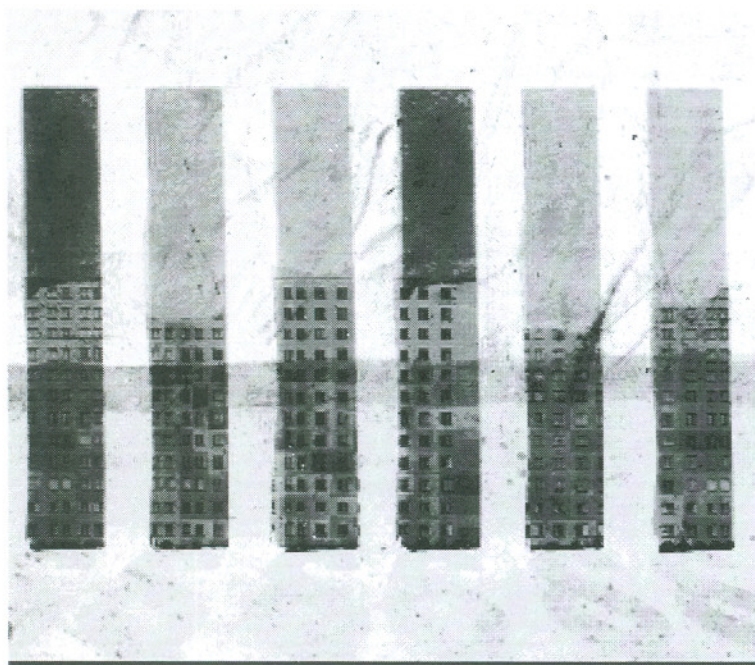
scy wyżej stojący odpowiedzialni będą solidarnie za zapłatę wynagrodzenia temu ostatniemu podwykonawcy.

Jak wynika z omawianych przepisów, wierzycielami są podwykonawcy oraz dalsi podwykonawcy świadczący usługi na podstawie umowy o roboty budowlane. Takie sformułowanie może budzić poważne wątpliwości. Zgodnie bowiem z art. 647 k.c., świadczący usługi na podstawie umowy o roboty budowlane zobowiązuje się w efekcie do oddania zamawiającemu obiektu budowlanego. Może to sugerować, że zarówno podwykonawca, jak i dalszy podwykonawca, w celu uzyskania ochrony wynikającej z tego przepisu, musieliby zobowiązać się do oddania swoim kontrahentom obiektu w rozumieniu art. 647 k.c. Uznaje się, że takie stanowisko byłoby zbyt daleko idące i faktycznie prowadziłoby do tego, że bardzo wąska grupa podwykonawców i dalszych podwykonawców mogłaby liczyć na ochronę ich roszczeń. Zwłaszcza że większość z nich świadczy swoje usługi nie na podstawie umowy o roboty budowlane, ale na podstawie umowy o dzieło, efektem ich pracy nie jest bowiem obiekt jako całość, ale określone jego elementy. W celu ochrony roszczeń takich podwykonawców i dalszych podwykonawców, należałoby zmodyfikować przytoczony przepis i wprowadzić zapis, że również oni są po uzyskaniu zgody inwestora i wykonawcy generalnego na zawarcie umowy, o której mowa w art. 647<sup>1</sup> § 2 i 3 k.c., objęci jego regulacją.

Jeżeli w procesie inwestycyjnym występuje dużo podmiotów, dochodzenie roszczeń od podmiotu bezpośrednio zobowiązanego może być trudne, jeszcze trudniejsze natomiast może być dochodzenie ewentualnych roszczeń regresowych między dłużnikami solidarnymi. Uznaje się, że dochodzenie przez podwykonawcę świadczenia dłużnika solidarnego, który nie jest jego kontrahentem (na przykład od inwestora), co do zasady nie będzie mogło być kwalifikowane jako nadużycie prawa w rozumieniu przepisu art. 5 k.c. Z powyższym przepisem może wiązać się problem. Przykładowo, przy zawarciu w umowie głównej o roboty budowlane klauzuli arbitrażowej, inne prawo będzie właściwe dla rozstrzygania sporów między stronami umowy głównej, a inne z umów z podwykonawcami.

Niejasna jest również kwestia dotycząca pojęcia „wynagrodzenia”. Czy jest nim tylko wartość robocizny, czy też





całość wynagrodzenia należnego podwykonawcy z tytułu zużytych, niezbędnych do wykonania prac materiałów. Czy do wynagrodzenia zaliczyć można również ewentualne odsetki (w przypadku powstania zwiłki po stronie wykonawcy w zapłacie podwykonawcy wynagrodzenia), które są ściśle związane z długiem głównym i które wszakże naliczane są od całego należnego podwykonawcy wynagrodzenia?

Zgodnie art. 647<sup>1</sup> § 6 k.c., odmiennie postanowienia umów są nieważne. Przepis ten dotyczy tylko odmiennych postanowień umów od bezwzględnie obowiązujących zasad. Dotyczy to głównie próby wyłączenia solidarnej odpowiedzialności podmiotów nazwanych w § 5. 1. W doktrynie przyjmuje się, że umowa pomiędzy inwestorem a generalnym wykonawcą, niezawierająca postanowień dotyczących zakresu prac, będzie ważna, jeśli spełnia pozostałe warunki ustawowe.

Z powyższego wynika, iż art. 647<sup>1</sup> k.c. zawiera wiele niejasności i dwuznaczności; nie gwarantuje efektywnej ochrony interesów dla wszystkich uczestników inwestycji budowlanej. W związku z tym wskazane jest wprowadzenie alternatywnego rozwiązania, służącego realizacji podobnego celu. Rozwiązaniem takim mogłoby być prawo do zabezpieczenia hipotecznego na rzecz podmiotów uczestniczących w inwestycji budowlanej (tzw. hipoteka budowlana). Instytucja hipoteki budowlanej jest rozwiązaniem funkcjonującym już w innych porządkach prawnych.

### Podobieństwa i różnice

Podobieństwa między regulacją art. 647<sup>1</sup> k.c. i regulacją hipoteki budowlanej sprowadzają się do tego, że inwestor, w obydwu przypadkach, sprawuje pewną kontrolę nad treścią zawieranych w ramach procesu budowlanego umów, między generalnym wykonawcą a wykonawcami i podwykonawcami oraz odpowiada, w pewnym zakresie, za brak dokonania zapłaty na rzecz wykonawców i podwykonawców, przez ich bezpośrednich kontrahentów, tj. generalnego wykonawcę i wykonawców (odpowiedzialność solidarna). Jest to jednak jedynie

odpowiedzialność osobista a nie rzeczowa, a więc wykonawcy i podwykonawcy nie są chronieni np. w przypadku wyzbycia się przez inwestora jego majątku, w tym nieruchomości, na której realizowana jest inwestycja. Różnice między obydwoma regulacjami są znaczne.

Po pierwsze, odpowiedzialność inwestora w przypadku hipoteki budowlanej jest odpowiedzialnością rzeczową, a więc na jej zakres i sposób realizacji nie ma wpływu np. zbycie nieruchomości, na której realizowana jest inwestycja. Natomiast odpowiedzialność wynikająca z art. 647<sup>1</sup> k.c. jest odpowiedzialnością osobistą i egzekucja należności zależy od stanu majątku inwestora.

Po drugie, ograniczony jest w kodeksie cywilnym, w porównaniu z regulacją dotyczącą hipoteki budowlanej, krąg osób uprawnionych do zaspokojenia się, na zasadzie odpowiedzialności solidarnej, z majątku bezpośredniego kontrahenta i inwestora. Krąg osób uprawnionych ogranicza się do wykonawców i podwykonawców, a więc nie obejmuje wszystkich innych osób, które uczestniczą w tworzeniu „wartości dodanej” do nieruchomości, a więc dostawców materiałów, projektantów itp.

W konkluzji stwierdzić należy, że ochrona udzielona przez art. 647<sup>1</sup> k.c. jest zbyt ograniczona podmiotowo i nie chroni wszystkich podmiotów, które z punktu widzenia celu tego przepisu, powinny uzyskać taką ochronę w jednakowym zakresie.

Ponadto ochrona ta, ze względu na jej osobisty, a nie rzeczowy charakter, nie spełnia swojego celu, bowiem z chwilą, kiedy nieruchomość zostanie zbyta przez inwestora i np. przynosi określone zyski, podmioty, które brały udział w wytworzeniu jej wartości nie mają możliwości odzyskać swoich należności, mimo że efekty ich pracy przynoszą zyski nabywcom nieruchomości.

W związku z tym, że zabezpieczenie w postaci hipoteki budowlanej pociąga za sobą ryzyko dla inwestora, należałoby utrzymać istniejące instrumenty pozwalające mu na oszacowanie rozmiaru tego ryzyka. Chodzi zwłaszcza o obowiązek ustalenia w umowie o roboty budowlane, zawartej między inwestorem a wykonawcą (generalnym wykonawcą), zakresu robót, które wykonawca będzie wykonywał osobiście lub za pomocą podwykonawców. Należy ponadto uregulować kwestię stosunku wymaganej obecnie zgody inwestora na zawarcie umów z podwykonawcami (krąg ten należałoby rozszerzyć na uczestników procesu budowlanego uprawnionych do zabezpieczenia w postaci hipoteki budowlanej), do możliwości zgłoszenia przez niego sprzeciwu wobec ustanowienia hipoteki. Można rozważyć rozwiązanie, zgodnie z którym udzielenie zgody na zawarcie umowy z danym uczestnikiem procesu budowlanego ogranicza czy w niektórych przypadkach nawet pozbawia inwestora możliwości wniesienia sprzeciwu wobec ustanowienia hipoteki budowlanej na rzecz tego konkretnego uczestnika. W związku z częstą praktyką celowego nieprzedstawiania inwestorom umów z podwykonawcami lub ich projektów, należałoby ponadto wprowadzić regułę dowodową obciążającą strony tej umowy – uczestników procesu budowlanego – dowodem, że umowa lub jej projekt został rzeczywiście inwestorowi przedstawiony w celu zajęcia stanowiska.

### Korzyści hipoteki

Brak w obecnym stanie prawnym należycie funkcjonujących mechanizmów chroniących interesy uczestników procesu budowlanego ro-



dzi konieczność wprowadzenia środka, który pozwalałby skutecznie interesy te zabezpieczać. Rozwiązaniem najwłaściwszym wydaje się przyznanie takim osobom uprawnienia do zabezpieczenia hipotecznego na nieruchomości, na której realizowane jest przedsięwzięcie budowlane (tzw. hipoteka budowlana). Uprawnienie takie obowiązuje już w kilku innych porządkach prawnych państw o wysokim poziomie rozwoju gospodarczego. Chodzi tu w szczególności o Niemcy, Francję, Szwajcarię, USA, Kanadę. W każdym z tych państw istnieją wprawdzie pewne różnice w regulacji tej instytucji; od strony koncepcyjnej opierają się one jednak o pewną wspólną cechę. Gwarantują (po spełnieniu określonych warunków) prawo do uzyskania hipoteki na nieruchomości (na której realizowany jest proces budowlany) zabezpieczającej spłatę należności danego uczestnika procesu (w tym np. dostawcy materiałów, producenta, architekta). Należność ta stanowi tzw. wartość dodaną do tej nieruchomości. Wskazany sposób zabezpieczenia należności uczestników procesu budowlanego jest środkiem, który właściwie funkcjonuje w wymienionych systemach prawnych. Daje to podstawy do przyjęcia, że na polskim gruncie instytucja hipoteki budowlanej stanowić będzie efektywny mechanizm ochrony interesów uczestników procesu budowlanego.

Hipoteka jest zabezpieczeniem rzeczowym, tj. związanym z określoną rzeczą, a nie osobą jej właściciela. Jest tym samym prawem skutecznym erga omnes. Skutkuje zatem nie tylko między stronami określonej umowy (z której wierzytelność podlega zabezpieczeniu), lecz wobec każdorazowego właściciela obciążonej nieruchomości. Dzięki temu hipoteka jest środkiem zabezpieczającym (a przynajmniej redukującym) ryzyko nieuczciwego działania inwestora (lub wykonawcy), polegającego na wyzbywaniu się swego majątku (niezadko doprowadzając do upadłości). Skuteczność erga omnes praw wynikających z hipoteki sprawia, że nie jest konieczne istnienie stosunku obligacyjnego wiążącego uczestnika procesu budowlanego (np. dostawcy materiałów) z inwestorem (który z reguły jest właścicielem obciążonej nieruchomości). Jest ona prawem ustanowionym na rzecz osoby trzeciej.

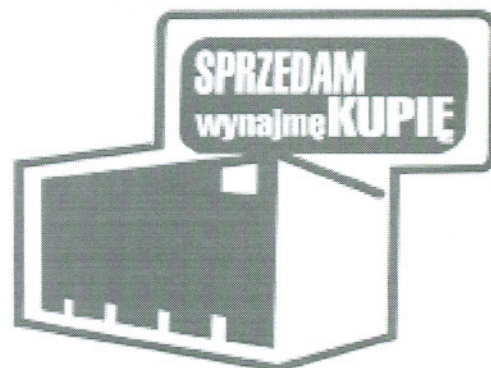
Wierzycielowi hipotecznemu przysługują także inne korzyści, jak np. pierwszeństwo zaspokojenia przed osobistymi wierzycielami właściciela, możliwość realizacji wierzytelności bez względu na upływ terminu jej przedawnienia, przysługiwanie mu prawa odrębności w przypadku upadłości właściciela obciążonej nieruchomości.

### Zabezpieczenie nabywców

Podnoszono argumenty, że wprowadzenie hipoteki budowlanej uprzywilejowuje firmy budowlane kosztem nabywców mieszkań. Kuriozalność tej argumentacji polega na tym, że te same środowiska sprzeciwiały się wprowadzeniu regulacji chroniących nabywców. Podnosiliśmy ponadto od początku dyskusji, że równoległe do uregulowania hipoteki budowlanej konieczne byłoby wprowadzenie obowiązkowych rachunków powierniczych. Zapewniłoby to większe bezpieczeństwo obrotu zarówno dla konsumentów, jak deweloperów. W celu zabezpieczenia interesów dewelopera i konsumenta proponowana przez Centrum Prawa Bankowego ustawa wprowadza trzeci podmiot - bank, który sprawdza, czy deweloper wywiązuje się z przyjętych zobowiązań i dopiero wtedy wypłaca mu zdeponowane na mieszkaniowym rachunku powierniczym przez konsumenta środki. Konstrukcja ta wzorowana jest na rozwiązaniach stosowanych i już sprawdzonych w innych systemach prawnych, np. w Austrii, Stanach Zjednoczonych, gdzie funkcjonuje podobny typ rachunku powierniczego, znany jako „escrow”. Nowy typ rachunku bankowego, jakim jest mieszkaniowy rachunek powierniczy, pozwoli na zmniejszenie ryzyka finansowego klientów. Gromadząc środki finansowe na mieszkaniowym rachunku powierniczym - w razie niewywiązania się dewelopera z umowy deweloperskiej - będą oni mogli od umowy z deweloperem odstąpić i środki po prostu wycofać. Ponadto w przypadku upadłości dewelopera środki te stanowiłyby odrębną masę upadłości. •

Autor jest radcą prawnym i partnerem w kancelarii Beiten Burkardt P. Daszkowski oraz sekretarzem Rady Naukowej Polsko-Niemieckiego Centrum Prawa Bankowego UJ

# Sprawdź, czy twoje mieszkanie D O M będą droższe



## Sprawdź, CO WPŁYNIE na rynek nieruchomości w najbliższej przyszłości

Informacje na stronie [www.EPBD.pl](http://www.EPBD.pl)

