



Warszawa, 22/06/2018

Stanowisko Fundacji na rzecz Kredytu Hipotecznego do projektu ustawy o zmianie ustawy o ochronie nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego z dnia 18/05/2018

Uwaga ogólna dot. likwidacji otwartych mieszkaniowych rachunków powierniczych (OMRP)

W OSR projektu ustawy deweloperskiej przyjęto założenie, że deweloperzy, którzy obecnie korzystają z OMRP zastąpią je rachunkami zamkniętymi (ZMRP). To założenie wydaje się być racjonalne, najprawdopodobniej nie będzie natomiast zainteresowania OMRP z gwarancją, ponieważ: (i) nie jest obecnie jasne, jak wycenić wartość takiej gwarancji; (ii) nie jest dookreślone czy te gwarancje trzeba będzie wydawać od razu na całą wartość inwestycji, czy tylko rosnąco, wraz z postępem przedsięwzięcia deweloperskiego, (iii) z punktu widzenia wymogu kapitałowego, nawet przy założeniu, że linie gwarancyjne są sklasyfikowane jako mało ryzykowne, w bankach nadal należałoby wygenerować dużą kwotę depozytów, aby pokryć ekspozycję na ryzyko, wygenerowane przez gwarancję.

Projekt ustawy nie uwzględnia także faktu, że podmiot, na zlecenie którego bank udziela gwarancji, musi mieć zdolność kredytową. W sytuacji więc, gdy deweloper będzie musiał korzystać również z kredytu bankowego, może się okazać, że nie ma zdolności kredytowej do korzystania z gwarancji oraz z kredytu. Ponadto, gdy udzielenie gwarancji będzie poprzedzało zawarcie umowy o linię na gwarancję wówczas w takiej umowie zawsze zostanie umieszczone postanowienie, że bank odmówi udzielenia kolejnej gwarancji w przypadku pogorszenia się, w ocenie banku, kondycji finansowej dewelopera. Wówczas dojdzie do sytuacji, w której OMRP nie będzie mógł być otworzony bowiem deweloper nie uzyska gwarancji bankowej.

Nie została także uwzględniona okoliczność, że bank nie udziela gwarancji bez zabezpieczenia. Tak będzie i w tym wypadku: roszczenia banku o zwrot kwot wypłaconych beneficjentom przyszłych gwarancji – nabywcom lokali będzie musiał być zabezpieczony. Z uwagi na przedmiot działalności deweloperów będą to przede wszystkim nieruchomości. W sytuacji, gdy deweloper będzie równolegle korzystał z kredytu najpewniej będą miały miejsce notorycznie sytuacje, w których deweloper nie będzie miał majątku, na którym zabezpieczy zarówno spłatę kredytu jak i roszczenia banku z tytułu udzielonych gwarancji.

Na problemy te Fundacja już wielokrotnie zwracała uwagę.

Prowadzenie OMRP w większym zakresie zaspokaja interesy deweloperów, natomiast z punktu widzenia banków są to produkty bardzo pracołłonne. Trzeba jednak podkreślić, że w sytuacji prowadzenia ZMRP zaangażowanie kredytowe banku będzie cały czas rosło (przy OMRP jest względnie stałe), co może zostać negatywnie określone z pkt. widzenia ryzyka banku.

Źródłem ryzyka może być natomiast kwestia pozyskania wystarczających funduszy na prowadzenie działalności deweloperskiej na dotychczasowym poziomie. Z OSR wynika, że UOKiK podsumował stan środków zgromadzonych na OMRP w 2016 r. na około 15 miliardów zł. Po likwidacji OMRP powstanie pytanie, czy te środki uda się pozyskać z kredytu bankowego – mając na uwadze wydolność sektora bankowego, a także skłonność banków do kumulowania ryzyka w jednym sektorze gospodarki. Może się okazać, że znaczna liczba deweloperów nie wytrzyma tej konkurencji o pozyskanie funduszy na kontynuowanie działalności i odejdzie z rynku. W średnim okresie może się to przyczynić do spadku liczby projektów budowlanych oraz wzrostu cen nieruchomości



mieszkańczych. Mniejsza liczba realizowanych inwestycji będzie natomiast oznaczać nie tylko problemy z zaspokajaniem potrzeb mieszkaniowych, ale również mniejsze przychody banków z tytułu detalicznych kredytów hipotecznych.

Uwagi szczegółowe

Art. 2 ust. 1 lit. c i d w powiązaniu z **art. 2a** – umowy, w których deweloper zobowiązuje się do przeniesienia na nabywcę własności lokalu mieszkalnego, w sytuacji gdy odrębna własność lokalu została już ustanowiona

oraz

umowy sprzedaży zawierane między nabywcą a deweloperem, których przedmiotem jest przeniesienie na nabywcę prawa odrębnej własności lokalu albo przeniesienie na nabywcę własności nieruchomości... - zakres powyższych przepisów się pokrywa, przy czym na mocy art. 2 mamy do czynienia ze sprzedażą, do której zastosowanie mają wszystkie przepisy ustawy; zaś na mocy art. 2a – zastosowanie mają tylko niektóre przepisy ustawy. Potrzeba doprecyzowania.

Projekt ustawy zawiera bowiem logiczny błąd:

1) przepisy ustawy stosuje się w całości do umowy, w której deweloper zobowiązuje się do przeniesienia na nabywcę własności lokalu mieszkalnego, w sytuacji gdy odrębna własność lokalu została już ustanowiona,

a jednocześnie

2) część przepisów ustawy stosuje się do sprzedaży zawieranych między nabywcą a deweloperem, których przedmiotem jest przeniesienie na nabywcę prawa odrębnej własności lokalu

Umowa opisana w pkt. 1) jest niczym innym, niż umową sprzedaży. Zgodnie z przepisem art. 155 § 1 k.c., umowa sprzedaży, zamiany, darowizny, przekazania nieruchomości lub inna umowa zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy co do tożsamości oznaczonej przenosi własność na nabywcę, chyba że przepis szczególny stanowi inaczej albo że strony inaczej postanowiły. Pozostawienie zapisu w proponowanej treści spowoduje ogromne wątpliwości, czy ustawa deweloperska w odniesieniu do sprzedaży odrębnej własności lokalu dokonywanej przez dewelopera nie uchyli podwójnego skutku czynności prawnej.

Art. 2b pkt 1 – umowy sprzedaży zawierane z przedsiębiorcą innym niż deweloper – czy sens ma taka regulacja, biorąc pod uwagę, że będzie się do niej stosowało tylko część przepisów ustawy (np. przepisy o ochronie środków nabywcy nie będą tu miały zastosowania). W projekcie nie jest do końca precyzyjnie określone, do jakich umów stosuje się przepisy ustawy w całości, a do jakich – w części.

Za pozytywne należy uznać rozszerzenie działania ustawy na umowy, na mocy których przenoszona jest własność lokalu użytkowego jeżeli dot. to tego samego przedsięwzięcia deweloperskiego.

Art. 4 pkt. 2 i 3 – mowa jest o umowie gwarancji ubezpieczeniowej lub bankowej – postulat przywrócenia pierwotnego brzmienia: 2) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję ubezpieczeniową; 3) otwarty mieszkaniowy rachunek powierniczy i gwarancję bankową. Fundacja nie kwestionuje faktu, że zarówno gwarancja bankowa, jak i ubezpieczeniowa są umowami pomiędzy gwarantem a beneficjentem gwarancji. Jednakże ze względu na to, że ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe używa pojęcia „gwarancja bankowa”, a ustawa z dnia 11 września 2015 r. o działalności ubezpieczeniowej – „Gwarancja ubezpieczeniowa”, może wystąpić wątpliwość



czy chodzi o te same gwarancje czy też o jakieś inne „umowy gwarancji bankowych albo ubezpieczeniowych”.

Art. 5 ust. 4 – „Bank prowadzący mieszkaniowy rachunek powierniczy na żądanie nabywcy (...) podaje szczegółowe informacje dotyczące wpłat i wypłat dokonanych przez nabywcę występującego z żądaniem udzielenia informacji...” - należy podkreślić, że to niekoniecznie nabywca dokonuje wpłat na rachunek powierniczy (mogą to być np. członkowie rodziny nabywcy). W obecnym brzmieniu, przepis uniemożliwi bankowi przekazanie nabywcy informacji o takich wpłatach. Postulat przerwania: „podaje szczegółowe informacje dotyczące wpłat i wypłat dokonanych w wykonaniu umowy, której stroną jest nabywca występujący z żądaniem...”.

Należy także usunąć po wyrażeniu „saldzie tego rachunku” wyrażenie „obejmującym wpłaty i wypłaty na rzecz danego przedsięwzięcia deweloperskiego albo zadania inwestycyjnego”. To sformułowanie wywołuje bardzo duże wątpliwości interpretacyjne. Ponadto już samo słowo „saldo” jednoznacznie wskazuje, że jest to kwota uwzględniająca wpłaty i wypłaty.

W związku z powyższym ust. 4 powinien otrzymać brzmienie: „Bank prowadzący mieszkaniowy rachunek powierniczy na żądanie nabywcy informuje go o ogólnym saldzie tego rachunku oraz podaje szczegółowe informacje dotyczące wpłat i wypłat dokonanych w wykonaniu umowy, której stroną jest nabywca występujący z żądaniem udzielenia informacji, takie jak: data oraz suma wpłat i wypłat.”

Art. 5a ust. 3 – „Nabywca dokonuje wpłat po zakończeniu danego etapu określonego w harmonogramie przedsięwzięcia deweloperskiego albo zadania inwestycyjnego, chyba że etap nie został zrealizowany w terminie określonym w harmonogramie” – przepis nieprecyzyjny, wynika z niego, że jeśli etap nie został zakończony w terminie, nabywca jest zwolniony z obowiązku dokonania wpłat. Postulat przerwania: „Nabywca dokonuje wpłat po zakończeniu danego etapu określonego w harmonogramie przedsięwzięcia deweloperskiego albo zadania inwestycyjnego.”

Art. 5b ust. 2 – „Bank może wypowiedzieć umowę mieszkaniowego rachunku powierniczego w przypadku jej niewykonania lub nienależytego wykonania przez dewelopera”. W obecnym tekście pojawia się zawężenie możliwości wypowiedzenia umowy rachunku powierniczego tylko do sytuacji jej niewykonania/ nienależytego wykonania przez dewelopera. Postulujemy przywrócenie pierwotnej wersji przepisu: „Bank może wypowiedzieć umowę mieszkaniowego rachunku powierniczego z ważnych powodów”, co będzie zgodne z brzmieniem art. 730 k.c. Z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia np. zarówno wówczas, gdy deweloper nie wykonuje umowy rachunku bankowego lub wykonuje ją nienależycie oraz wtedy gdy będzie chciał przenieść rachunek powierniczy do innego banku, w którym uzyska lepsze warunki finansowania projektu. Obecne brzmienie przepisu w zasadzie uniemożliwi wypowiedzenie umowy rachunku bankowego co będzie ogromnie uciążliwe dla nabywców, dewelopera oraz banku prowadzącego taki rachunek.

Art. 8 w powiązaniu z art. 11 oraz art. 12 ust. 4 pkt. 7 i 8 – nie jest jasne, jaka jest wzajemna relacja tych trzech przepisów. Czy deweloper ma prawo na bieżąco wypłacać środki z uwzględnieniem swojej marży, czy też jedynie uwzględnić poniesione koszty, zaś marżę zaliczyć dopiero do ostatniej



transzy wypłaconych środków? Obecnie jest to przedmiotem rozbieżności interpretacyjnych, w tym także w piśmiennictwie prawniczym. W przepisie powinno to być jednoznacznie uregulowane.

Art. 12 ust. 4 pkt. 1 – bank jest zobowiązany do weryfikacji posiadania przez dewelopera tytułu własności – i zgodnie z art. 12 ust. 5 jego brak jest przesłanką do wstrzymania wypłaty środków pieniężnych. Jednocześnie, zgodnie z projektowanej zmiany prawa o notariacie (art. 92 §7-9) wynika, że deweloper może nie być właścicielem nieruchomości i w takiej sytuacji może przedłożyć zgodę właściciela lub użytkownika wieczystego na wpis. Jak jest wzajemna relacja tych przepisów? Przepisy te muszą być ze sobą spójne.

Art. 12 ust. 4 pkt. 2, 3 - obowiązek kontroli przez bank prospektu informacyjnego oraz wzorca umowy deweloperskiej po każdym etapie przedsięwzięcia deweloperskiego oznacza, że bank *de facto* staje się doradcą dewelopera. Ponadto, jak bank ma kontrolować czy deweloper cały czas stosuje przedstawione do wglądu (i ewentualnie zmienione) wzorce?

Art. 12 ust. 4 pkt. 5 - nie jest jasne, co to jest „ważne” pozwolenie na budowę. Czy użycie takie sformułowania oznacza, że przedmiotem kontroli jest także badanie czy pozwolenie to zawiera wszystkie elementy jakie prawo przewiduje dla ważności takiego dokumentu, czy jest podpisane przez osoby umocowane do składania podpisów na takich dokumentach? Czy pozwolenie nieostateczne lub oprotestowane też jest ważne? Czy oznacza to po prostu tylko sprawdzenie, czy nie upłynął termin na jaki zostało ono udzielone? Ponadto, ten przepis nie ma znaczenia praktycznego – deweloper nawet przed uzyskaniem pozwolenia na budowę ma prawo do uzyskania wypłat – np. na pokrycie kosztów zakupu gruntu. Także z prospektu wynika, że deweloper nie musi mieć w każdym momencie realizacji przedsięwzięcia ostatecznego pozwolenia na budowę. Ponadto – w powiązaniu z **art. 12 ust. 4 pkt. 6** – kontrola realizacji etapów jest tak szeroka, że fakt zaprzestania budowy w wyniku uchylecia czy nieważności decyzji o pozwoleniu na budowę zostanie natychmiast ujawniony. W świetle powyższego konieczne jest więc doprecyzowanie przepisu, żeby nie wywoływał on wątpliwości co ma być przedmiotem kontroli.

Art. 12 ust. 4 pkt. 6 – kontrola terminowości robót budowlanych dotycząca danego etapu przedsięwzięcia jest zbyt rygorystyczna – nawet jeśli dany etap jest zakończony, ale jakaś robota budowlana została przesunięta - wynik kontroli będzie negatywny!

Art. 12 ust. 4 pkt. 9 i 10 – ustawa ma chronić interesy nabywców, a nie Skarbu Państwa, czy podwykonawców. Wstrzymanie wypłaty środków dla dewelopera w powyższych przypadkach może *de facto* pogorszyć sytuację nabywców.

Art. 12 ust. 5 – 6 – przepisy całkowicie wykluczają jakąkolwiek elastyczność podczas ratowania dewelopera na wczesnym etapie wystąpienia problemów z realizacją przedsięwzięcia. Jeśli deweloper potrzebuje środków na usunięcie nieprawidłowości wskazanych w art. 12 ust. 4 – bank mu ich nie wypłaci! Wstrzymanie wypłat pogłębi tylko te nieprawidłowości.



Rozdział 5a. Umowa rezerwacyjna – Fundacja bardzo pozytywnie ocenia wprowadzenie rozwiązań dot. umowy rezerwacyjnej. Na konieczność wprowadzenia możliwości zawierania takiej umowy Fundacja zwracała uwagę od początku obowiązywania ustawy.

Art. 21 ust. 4 pkt 9. – Fundacja zwraca uwagę, że zgoda banku na bezobciążeniowe ustanowienie odrębnej własności lokalu będzie zawsze warunkowa. Lokal będzie mógł być wydzielony bez obciążenia jeżeli nabywca wpłaci cenę nabycia, a kwota odpowiadająca wysokości obciążenia hipotecznego dla danego lokalu zostanie przekazana bankowi. Proponujemy zatem rozważenie jednoznacznego zapisania tego w ustawie.

Art. 21d ust 4 – zwracamy uwagę, że opłata rezerwacyjna trafi na rachunek powierniczy tylko wtedy, gdy zawarta będzie umowa deweloperska – wcześniej nie będzie ona podlegała ochronie. Jest to więc rozwiązanie niekorzystne dla nabywców.

Przepisy dot. wejścia w życie nowej ustawy: powstanie problem z rozróżnianiem starych/ nowych rachunków i koniecznością modyfikacji systemów informatycznych. Będzie to powodowało duże ryzyko operacyjne stosowania starych przepisów do nowych rachunków powierniczych. Z punktu widzenia banku obsługa wszystkich rodzajów rachunków powinna być prowadzona na nowych warunkach, w innym wypadku grożą nam wysokie koszty operacyjne.

Sporządzono 22/06/2018
Fundacja na rzecz Kredytu Hipotecznego