TRANSFORMACJE PRAWA PRYWATNEGO
2/2015 ISSN 1641–1609

MARCIN SOLAK*

PRZEDWSTĘPNA UMOWA DEWELOPERSKA

I. UWAGI WSTĘPNE

Rynek usług deweloperskich w Polsce zaczął swój dynamiczny rozwój po zmianach w 1989 r., kiedy to gospodarkę centralnie planowaną zastąpiła gospodarka rynkowa. Był to okres, w którym deficyt mieszkań z jednej strony zachęcał inwestorów do rozpoczynania ryzykownych przedsięwzięć, a z drugiej skłaniał również konsumentów do inwestowania w projekty budowlane w ich wstępnej fazie. Zawierane transakcje obarczone były dużym ryzykiem inwestycyjnym. Od samego początku regulacje prawne nie nadążały za tworzącym się rynkiem usług deweloperskich, gdzie wszelkie umowy między deweloperem a nabywcą (konsumentem) zawierane były w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, w szczególności te dotyczące umów przedwstępnych, a po wejściu w życie w dniu 24 czerwca 1994 r. ustawy o własności lokali[1], również na podstawie przepisów tejże ustawy.

Praktyka doprowadziła do wykształcenia się nowego typu umowy — tzw. umowy deweloperskiej (dalej: „umowa deweloperska"). Umowa ta w doktrynie i orzecznictwie była klasyfikowana jako umowa nienazwana. Treść umowy nie była jednolita i trudno było wskazać nawet jej *essentialia negotii*. Można stwierdzić, że tak wypracowana „umowa deweloperska" była niejako hybrydą łączącą postanowienia kodeksu cywilnego oraz ustawy o własności lokali.

Problemem „umowy deweloperskiej" wielokrotnie zajmował się Sąd Najwyższy. Wyrokiem z dnia 18 lutego 2011 r. (I CSK 275/10) Sąd Najwyższy uznał, że „[…] jeżeli umowa nie spełnia cech tzw. umowy deweloperskiej, przewidzianej w art. 9 ust. 1 wspomnianej ustawy z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali

* *Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Cywilnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, notariuszem.*

[1] Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali (Dz. U. Nr 85, poz. 388).

(t.j. Dz. U. z 2000 r. Nr 80, poz. 903 ze zm.), to taka konstatacja nie może usprawiedliwiać tezy, że analizowana umowa stanowi umowę przedwstępną w rozumieniu art. 389–390 k.c. Dzieje się tak niezależnie od tego, czy w przepisie art. 9 ust. 1 ustawy dostrzega się w piśmiennictwie *essentialia negotii* tej umowy, czy traktuje się ją trafnie, jako umowę nienazwaną, łączącą różne elementy czynności realizowanych w ramach budowlanego procesu inwestycyjnego"[2].

Na problem braku odpowiednich regulacji prawnych zwrócił uwagę również Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając w postanowieniu 3/10/S z dnia 2 sierpnia 2010 r. istnienie luki prawnej, której usunięcie jest niezbędne do zapewnienia spójności systemu prawnego Rzeczypospolitej Polskiej. Trybunał zaznaczył, że w aktualnym na dzień wydania orzeczenia stanie prawnym, w żadnym akcie prawnym nie istnieje regulacja umowy, której przedmiotem jest zobowiązanie dewelopera do wybudowania mieszkania w celu odpłatnego przekazania go nabywcy, czyli tzw. umowy deweloperskiej. Zwrócił również uwagę na fakt, że na podstawie umowy zawartej z deweloperem nabywca mieszkania najczęściej zobowiązuje się do zapłaty całego wynagrodzenia deweloperowi jeszcze przed ukończeniem procesu inwestycyjnego oraz zanim zostanie właścicielem umówionego lokalu, a zatem ponosi zwiększone ryzyko umowne[3].

Tymczasem działalność deweloperska jest rozwijającą się od wielu lat formą budownictwa mieszkaniowego w Polsce, posiadającą znaczący udział w pierwotnym rynku nieruchomości.

II. USTAWA O OCHRONIE PRAW NABYWCY LOKALU MIESZKALNEGO LUB DOMU JEDNORODZINNEGO

Dopiero po przeszło 20 latach funkcjonowania wolnego rynku i usług deweloperskich w Polsce ustawodawcy udało się wprowadzić kompleksową regulację stosunków prawnych pomiędzy deweloperem a nabywcą. Uchwalona dnia 16 września 2011 r. ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego[4], która weszła w życie dnia 29 kwietnia 2012 r., znacząco wzmocniła pozycję nabywcy nie tylko w trakcie zawierania umowy deweloperskiej oraz w czasie późniejszego jej wykonywania, ale nałożyła również na dewelopera wiele obowiązków przedkontraktowych. Prawodawca, uzasadniając projekt tej ustawy, wskazał, że ma ona określać prawa i obowiązki stron umowy deweloperskiej, środki ochrony nabywców lokalu w danym przedsięwzięciu deweloperskim, w tym zasady prowadzenia rachunku powierniczego (otwartego lub zamkniętego).

[2] System Informacji Prawnej Legalis el.

[3] Postanowienie z dnia 2 sierpnia 2010 r., 3/10/S, OTK-B 2010, nr 6, poz. 407.

[4] Dz. U. Nr 232, poz. 1377 (dalej: u.o.p.n.).

W art. 3 pkt 5 u.o.p.n. zawarta została również definicja legalna samej umowy deweloperskiej, zgodnie z którą w umowie deweloperskiej deweloper zobowiązuje się do ustanowienia lub przeniesienia na nabywcę po zakończeniu przedsięwzięcia deweloperskiego prawa własności lokalu mieszkalnego lub nieruchomości zabudowanej budynkiem mieszkalnym, a nabywca zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa. Co więcej, ustawodawca w art. 2 ust. 2 u.o.p.n. zdecydował, że przepisy w niej zawarte stosuje się również do umowy, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do zawarcia umowy deweloperskiej (umowa przedwstępna).

Niniejsze opracowanie ma na celu analizę wzajemnej relacji pomiędzy art. 2 ust. 2 u.o.p.n oraz art. 389 i n. ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. — Kodeks cywilny[5]. W szczególności pragnę się skupić na kwestii istnienia bądź nie odrębnie zdefiniowanej „przedwstępnej umowy deweloperskiej", formy umowy zobowiązującej do zawarcia umowy deweloperskiej oraz jej elementów istotnych.

III. PRZEDWSTĘPNA UMOWA DEWELOPERSKA A UMOWA REZERWACYJNA

Przed wejściem w życie ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego proces kontraktowania pomiędzy deweloperem a nabywcą składał się z dwóch lub trzech etapów. W przypadku gdy przedmiotem transakcji był lokal, którego budowa jeszcze trwała, strony musiały zawrzeć co najmniej dwie umowy. Pierwszą z nich była umowa przedwstępna lub tzw. umowa deweloperska (drugi etap kontraktowania). Po podpisaniu jednej z wyżej wymienionych umów nabywca dokonywał przedpłat na poczet zakupu lokalu mieszkalnego, którego własność była przenoszona po zakończeniu inwestycji, na podstawie umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży (trzeci etap). W zdecydowanej większości przypadków umowy przedwstępne bądź „umowy deweloperskie" zawierane były pisemnie i nie dawały nabywcom praktycznie żadnej ochrony w przypadku niepowodzenia w realizacji inwestycji przez dewelopera.

Wyżej opisany drugi etap kontraktowania z reguły był poprzedzony tzw. umową rezerwacyjną (stanowiącą pierwszy etap kontraktowania), na mocy której strony, to jest deweloper oraz nabywca, zobowiązywali się zawrzeć umowę przedwstępną lub „umowę deweloperską" we wskazanym w umowie rezerwacyjnej terminie. Umowa ta była zawierana w sytuacji, gdy co najmniej jedna ze stron nie była jeszcze gotowa do przyjęcia na siebie zobowiązań wynikających z umowy przedwstępnej czy też „umowy deweloperskiej". Nabywcy korzystali z możliwości zawarcia umowy rezerwacyjnej celem wcześniejszego zbadania zdolności kredytowej. De-

[5] T.j. Dz. U. z 2014 r. poz. 121 ze zm. (dalej k.c.).

weloperzy preferowali takie umowy, gdy nie dysponowali jeszcze decyzjami administracyjnymi umożliwiającymi rozpoczęcie budowy. Niemniej strony uznawały za pożądane zawarcie takiej umowy, aby zabezpieczyć możliwość zawarcia umowy przedwstępnej (lub „umowy deweloperskiej") na określonych w umowie rezerwacyjnej warunkach.

Umowa rezerwacyjna zazwyczaj wiązała się z obowiązkiem wpłaty przez nabywcę tzw. opłaty rezerwacyjnej, która w razie zawarcia umowy przedwstępnej lub „umowy deweloperskiej" zaliczana była na poczet przyszłej ceny sprzedaży lokalu, a w przypadku gdy do zawarcia umowy nie doszło, była zwracana. W sytuacji gdy nabywca wycofał się z zawarcia kolejnej umowy, wniesiona opłata rezerwacyjna przepadała i traktowana była jako wynagrodzenie dla dewelopera za wyłączenie na pewien czas lokalu ze swojej oferty. Należy zaznaczyć, że były to niewielkie kwoty, z reguły nieprzekraczające kilku procent wartości nabywanego lokalu.

Mając na uwadze powyższe, umowy rezerwacyjne nie stanowiły większego zagrożenia dla interesów nabywcy. Prawdziwym problemem były wszelkie umowy przedwstępne, które poprzedzały umowę rozporządzającą, zawieraną w formie aktu notarialnego. Na podstawie umów przedwstępnych (względnie „umów deweloperskich"), zawieranych z reguły w formie pisemnej, nabywcy angażowali znaczne środki finansowe (praktycznie równowartość nabywanej nieruchomości), nie otrzymując żadnej ochrony, poza możliwością dochodzenia roszczeń odszkodowawczych względem dewelopera.

Wydaje się, że ustawodawca, dodając do art. 2 u.o.p.n. ust. 2, chciał przeciwdziałać podobnym sytuacjom. Moim zdaniem (deweloperska) umowa przedwstępna w kształcie określonym przez ustawę o ochronie praw nabywcy lokalu…, której jedynym istotnym elementem jest zobowiązanie do zawarcia umowy deweloperskiej, jest tożsama z funkcjonującą dotychczas w obrocie, przed wejściem w życie tej ustawy, umową najczęściej nazywaną „rezerwacyjną", stanowiącą de facto umowę przedwstępną, w rozumieniu art. 389 k.c., której przedmiotem była kolejna umowa: przedwstępna lub zobowiązująca do przeniesienia własności.

Działanie ustawodawcy polegające na rozciągnięciu ochrony nabywcy na umowy przedwstępne, w zakresie wskazanym w ustawie, należy ocenić negatywnie. Jest to praktycznie rzecz biorąc rozszerzenie zakresu stosowania ustawy na umowy rezerwacyjne, które przez ustawodawcę zostały nazwane deweloperskimi umowami przedwstępnymi.

Słuszną intencją ustawodawcy było wykluczenie z obrotu umów przedwstępnych czy „umów deweloperskich", zawieranych w formie pisemnej, które bezpośrednio poprzedzały umowę o skutku rozporządzającym. Na mocy takich pisemnych umów deweloper z reguły zobowiązywał się do ustanowienia odrębnej własności lokalu i jego sprzedaży. Należy zauważyć, że umowy takie, jako zobowiązujące do przeniesienia własności, winny być zawierane w formie aktu notarialnego ze względ-

du na uregulowanie wynikające z art. 158 k.c. Doktryna, a przede wszystkim orzecznictwo Sądu Najwyższego[6] dopuściły jednak zawieranie takich umów w formie pisemnej, co miało służyć ochronie konsumentów.

Wydaje się więc, że *de lege ferenda* art. 2 ust. 2 u.o.p.n. winien brzmieć: „Przepisy niniejszej ustawy stosuje się również do każdej umowy, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do ustanowienia odrębnej własności lokalu i przeniesienia jego własności pod dowolnym tytułem prawnym, jak również do każdej umowy, w której deweloper zobowiązuje się do zawarcia umowy ustanowienia odrębnej własności lokalu i przeniesienia jego własności pod dowolnym tytułem prawnym". Sformułowanie takie jednoznacznie wskazywałoby, że zakresem ustawy należy objąć cały drugi etap kontraktowania nabywcy z deweloperem.

Ustawodawca winien również rozważyć, czy konieczne jest uregulowanie etapu umów rezerwacyjnych, czy też należy pozostawić je całkowitej autonomii woli stron.

IV. DEFINICJA PRZEDWSTĘPNEJ UMOWY DEWELOPERSKIEJ

Rozdział pierwszy ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu… zawiera przepisy określające zakres przedmiotowy ustawy (art. 1 i 2), definicje pojęć (art. 3) oraz enumeratywne wskazanie środków ochrony przysługujących nabywcy (art. 4). Ustawodawca przy szczegółowym określaniu zakresu przedmiotowego ustawy w art. 2 zdecydował się dodać ust. 2 o brzmieniu: „Przepisy niniejszej ustawy stosuje się również do umowy, na podstawie której deweloper zobowiązuje się do zawarcia umowy deweloperskiej (umowa przedwstępna)".

Większość doktryny stoi na stanowisku, że art. 2 ust. 2 u.o.p.n. zawiera ustawową definicję „umowy przedwstępnej deweloperskiej", sformułowaną na potrzeby stosowania tej ustawy, a różna jest jedynie interpretacja zakresu tej definicji.

R. Strzelczyk stwierdza, że przedwstępna umowa deweloperska może być jedynie umową jednostronnie zobowiązującą, „w której deweloper zobowiązuje się do wybudowania lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego i przeniesienia jego własności na nabywcę, a nabywca nie zobowiązuje się do niczego"[7]. Abstrahując od samej kwestii definicji „przedwstępnej umowy deweloperskiej", wydaje się, że przedmiotem tej umowy nie jest zobowiązanie do wybudowania lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego i przeniesienia jego własności na nabywcę, ale jedynie zobowiązanie się dewelopera do zawarcia umowy przyrzeczonej (deweloperskiej). Podobne stanowisko prezentują R. Tymiec i D. Kurek, zauważając, że art. 2 ust. 2 u.o.p.n. zawiera definicję „deweloperskiej umowy przedwstępnej",

[6] Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2011 r., II CSK 77/11, Legalis el.

[7] R. Strzelczyk: *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 28.

która tylko i wyłącznie dewelopera zobowiązuje do zawarcia umowy przyrzeczonej, będącej umową deweloperską, zaś nabywcy nie można zobowiązać nie tylko do zawarcia umowy przyrzeczonej, lecz także do spełnienia jakichkolwiek innych świadczeń (z wyjątkiem zobowiązania do wyrażenia zgody na wykreślenie roszczenia z księgi wieczystej, jeśli w umowie przedwstępnej został zamieszczony wniosek o jego ujawnienie). Autorzy twierdzą, że z zobowiązaniem dłużnika (dewelopera) do zawarcia umowy przyrzeczonej skorelowany jest obowiązek współdziałania wierzyciela (nabywcy), przy wykonywaniu zobowiązania przez dłużnika, a jego uchybienie prowadzi do zwłoki wierzyciela[8].

Odmienne od powyższych poglądów zdanie zostało wyrażone przez A. Burzaka, M. Okoń i P. Pałkę[9], którzy twierdzą, że możliwe są dwie interpretacje definicji umowy przedwstępnej. Pierwsza z nich, literalna, zgodna jest z prezentowanym powyżej zapatrywaniem autorów, druga zaś zakłada, że zobowiązanie do zawarcia umowy deweloperskiej zaciąga co najmniej deweloper. Nie jest zatem konieczne zaciągnięcie zobowiązania przez nabywcę, ale jest to dopuszczalne. Zdaniem autorów pierwszą interpretację należy odrzucić jako niezgodną z celem i duchem ustawy, zaś prawidłowa będzie druga interpretacja.

Ten sam punkt widzenia prezentuje T. Czech[10], który nadto stwierdza, że zakresem pojęciowym „przedwstępnej umowy deweloperskiej" nie będą objęte umowy przedwstępne jednostronnie zobowiązujące nabywcę. Autor wskazuje, że umowa przedwstępna w rozumieniu art. 2 ust. 2 u.o.p.n. winna zawierać ciążące na deweloperze zobowiązanie do zawarcia oznaczonej umowy deweloperskiej. Sama zaś umowa przedwstępna winna określać istotne postanowienia umowy deweloperskiej.

Natomiast J. Pisuliński nie przesądza, że redakcja art. 2 ust. 2 u.o.p.n. stanowi definicje „przedwstępnej umowy deweloperskiej", ale jedynie wskazuje, że w szczególności użycie w nawiasie słów „umowa przedwstępna" może sugerować chęć zdefiniowania przez ustawodawcę takiej umowy, co jego zdaniem może rodzić wątpliwości, jak należy rozumieć umowę przedwstępną oraz czy do tej umowy mogą być stosowane przepisy kodeksu cywilnego o umowie przedwstępnej[11].

Również H. Ciepła zdaje się nie dopatrywać w tym przepisie definicji „przedwstępnej umowy deweloperskiej", ale jedynie stwierdza, iż ustawodawca w ten sposób dopuszcza możliwości zawarcia umowy przedwstępnej (regulowanej przepisami kodeksu cywilnego, tj. art. 389 i n.) do „umowy deweloperskiej"[12].

[8] R. Tymiec: *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz* (w:) *Prawo budowlane i nieruchomości*, pod red. D. Okolskiego, Warszawa 2014, s. 537 i n.

[9] A. Burzak, M. Pałka, P. Okoń: *Ochrona praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Komentarz*, art. 2, Lex el.

[10] T. Czech: *Ustawa deweloperska. Komentarz*, art. 2, Lex el.

[11] J. Pisuliński: *System prawa prywatnego*, t. 3, *Prawo rzeczowe*, pod red. E. Gniewka, Warszawa 2014, s. 773, nb 102.

[12] H. Ciepła, B. Szczytowska: *Ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego i domu jednorodzinnego. Komentarz. Wzory umów deweloperskich i pism*, Warszawa 2012, s. 34.

Moim zdaniem należy zgodzić się z zaprezentowanymi powyżej poglądami J. Pisulińskiego oraz H. Ciepłej, że art. 2 ust. 2 u.o.p.n. nie zawiera sam w sobie definicji „przedwstępnej umowy deweloperskiej". Odmienne poglądy nie zostały przez ich autorów uzasadnione, dlatego moim zdaniem nie można przyznać im słuszności.

Po pierwsze, mając na uwadze wykładnię celowościową, należałoby zastanowić się, w jakim celu ustawodawca definiowałby pojęcie, które w dalszej części ustawy nie jest przez niego ani razu używane.

Po drugie, dokonując wykładni systemowej i analizując treść samej ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu…, w art. 3 odnajdziemy definicje pojęć ustawowych. Kierując się zasadą racjonalności ustawodawcy, należałoby stanąć na stanowisku, że jeśli chciałby on zdefiniować pojęcie „przedwstępnej umowy deweloperskiej", to bez wątpienia zamieściłby je w art. 3 wraz z innymi definicjami.

Kontynuując wykładnię systemową, należy zwrócić uwagę, że umowa przedwstępna została przez ustawodawcę zdefiniowana w art. 389 k.c. jako umowa, przez którą jedna ze stron lub obie zobowiązują się do zawarcia oznaczonej umowy (umowa przedwstępna), a która powinna określać istotne postanowienia umowy przyrzeczonej.

Mamy zatem do czynienia z sytuacją, w której w akcie nadrzędnym dla danej dziedziny prawa, to jest kodeksie cywilnym, zdefiniowane jest pojęcie na potrzeby całej gałęzi prawa. Mamy również akt prawny rangi ustawowej, który reguluje jedynie pewien wycinek tej gałęzi prawa i bez wątpienia stanowi *lex specialis* do kodeksu cywilnego, w którym ustawodawca posłużył się sformułowaniem mogącym być uznanym za definicję. Sugeruje to w szczególności użycie w nawiasie słów „umowa przedwstępna".

Pomocne przy rozwiązaniu tego problemu może być sięgnięcie do zasad techniki prawodawczej (dalej: ZTP). Zasady te wskazują ustawodawcy, jak tworzyć poprawne i spójne akty prawne. Zgodnie z zawartymi w nich wskazówkami, konstruując ustawę, należy posługiwać się określeniami, które zostały użyte w ustawie podstawowej dla danej dziedzin spraw, w szczególności w ustawie określanej jako „kodeks" lub „prawo" (§ 9 ZTP). Przepis ten nakazuje w ustawach stosować pojęcia w znaczeniu tożsamym z ich znaczeniem określonym w kodeksach, jako wzorcach terminologicznych i pojęciowych, oraz zwalnia od obowiązku formułowania definicji, a jednocześnie *a contrario* nakłada obowiązek wyraźnego sformułowania definicji, jeżeli wyjątkowo, w którymś z aktów powstała konieczność odstąpienia od znaczenia przyjętego w kodeksie[13]. Zasada wyrażona w § 9 ZTP została uszczegółowiona w § 148 ZTP. W sytuacji gdy wyjątkowo zachodzi potrzeba odstąpienia od znaczenia danego określenia ustalonego w ustawie określanej jako „kodeks" lub „prawo", wyraźnie podaje się inne znaczenie tego określenia i zakres jego odniesie-

[13] S. Wronkowska, M. Zieliński: *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2012, s. 48 i 49.

nia, używając zwrotu „w rozumieniu niniejszej ustawy określenie … oznacza …" albo zwrotu „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o … należy przez to rozumieć …". Użycie w cytowanym przepisie alternatywy rozłącznej wskazuje, że zgodnie z zasadami techniki prawodawczej wprowadzenie definicji pojęcia uregulowanego w kodeksie mogłoby nastąpić tylko poprzez jedno z tych dwóch sformułowań.

Gdyby intencją ustawodawcy było wprowadzenie odrębnej definicji umowy przedwstępnej aniżeli ta wprowadzona przez kodeks cywilny, to wówczas dokonałby tego zgodnie z powołanymi wyżej zasadami. Dodatkowych argumentów uzasadniających stwierdzenie, że art. 2 ust. 2 u.o.p.n. nie stanowi definicji „przedwstępnej umowy deweloperskiej", dostarcza § 146 ust. 2 ZTP, który wskazuje, że jeśli dane określenie wieloznaczne występuje tylko w jednym przepisie prawnym, jego definicję formułuje się tylko w przypadku, gdy wieloznaczności nie eliminuje zamieszczenie go w odpowiednim kontekście językowym. Należy zauważyć, że w całej ustawie o ochronie praw nabywcy lokalu… mamy tylko jedno odwołanie do umowy przedwstępnej, właśnie w art. 2 ust. 2 tejże ustawy, zaś szyk słów jednoznacznie wskazuje, że chodzi o umowę przedwstępną, w której deweloper zobowiązuje się do zawarcia umowy deweloperskiej, zatem definiowanie pojęcia jest zbędne.

Podsumowując, należy stwierdzić, że uprawniony jest pogląd, zgodnie z którym art. 2 ust. 2 u.o.p.n. nie zawiera odmiennej od kodeksu cywilnego definicji deweloperskiej umowy przedwstępnej, a nakazuje stosowanie przepisów tej ustawy do zdefiniowanej w art. 389 k.c. umowy przedwstępnej, w której co najmniej deweloper zobowiązuje się do zawarcia umowy deweloperskiej. Mając na uwadze powyższe, przepisy ustawy deweloperskiej będą miały zastosowanie do każdej umowy przedwstępnej, której przedmiotem jest umowa deweloperska, bowiem ta z kolei nie może zostać zawarta przez żaden inny podmiot niż deweloper oraz nabywca (por. art. 3 u.o.p.n.). Skutkiem tak przyjętego założenia będzie możliwość stosowania przepisów art. 389 i 390 k.c., zmodyfikowanych przepisami ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu… stanowiącymi *lex specialis* do tej regulacji.

V. FORMA PRZEDWSTĘPNEJ UMOWY DEWELOPERSKIEJ

Mając na uwadze wcześniejsze rozważania dotyczące definicji przedwstępnej umowy deweloperskiej, należy również zastanowić się nad formą, w jakiej powinna być zawarta przedwstępna umowa deweloperska, oraz ewentualnymi skutkami niedochowania formy przez strony umowy. Zgodnie z art. 390 k.c. umowa przedwstępna może zostać zawarta w dowolnej formie i wówczas w razie niewykonania zobowiązania przez kontrahenta strona, która liczyła na zawarcie umowy, będzie mogła dochodzić odszkodowania (skutek słabszy umowy przedwstępnej).

Wskazany powyżej przepis daje możliwość — jeśli umowa przedwstępna czyni zadość wymaganiom, od których zależy ważność umowy przyrzeczonej,

w szczególności co do formy — aby strona uprawniona mogła dochodzić zawarcia umowy przyrzeczonej (skutek silniejszy umowy przedwstępnej). Umowa deweloperska winna zostać zawarta w formie aktu notarialnego, co wynika nie tyle z art. 26 ust. 1 u.o.p.n., ile bezpośrednio z art. 158 k.c., zgodnie z którym każda umowa zobowiązująca do przeniesienia własności nieruchomości musi zostać zawarta w formie aktu notarialnego. Definicja legalna umowy deweloperskiej wyraźnie wskazuje obowiązek dewelopera do przeniesienia własności lokalu lub nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że powtórzenie w art. 26 ust. 1 u.o.p.n. nakazu zawierania umów deweloperskich w formie aktu notarialnego jest zbędne i stanowi błąd legislacyjny, który powoduje dublowanie się w systemie prawa przepisów zawierających te same normy prawne.

W doktrynie panuje zgoda co do tego, że przedwstępna umowa deweloperska powinna zostać zawarta w formie aktu notarialnego. Różnice pojawiają się przy ocenie skutków zawarcia umowy w formie słabszej, to jest formie pisemnej.

R. Strzelczyk wskazuje, że możliwe są dwie interpretacje. Pierwsza zakłada, że skoro dla umowy przedwstępnej deweloperskiej konieczna jest forma aktu notarialnego, co jego zdaniem wynika z art. 2 ust. 2 u.o.p.n., nakazującej jej stosowanie wprost do umów przedwstępnych, to niezachowanie tej formy skutkować będzie nieważnością zgodnie z art. 73 § 2 k.c.

W opozycji do powyższego stanowiska jest założenie, że forma aktu notarialnego wymagana jest jedynie dla wywołania skutku silniejszego, to jest możliwości dochodzenia zawarcia samej umowy deweloperskiej, zaś jej niedochowanie nie będzie powodowało nieważności umowy przedwstępnej, ale jedynie niemożność przymuszenia drugiej strony do zawarcia umowy przyrzeczonej[14]. Zdaniem autora wykładnia celowościowa art. 2 ust. 2 u.o.p.n. przemawiała będzie za przyjęciem pierwszej koncepcji, a co za tym idzie, przyjęciem, że przedwstępna umowa deweloperska zawarta bez dochowania formy aktu notarialnego jest nieważna. Argumentuje on, że celem ustawodawcy była ochrona nabywcy lokalu i wyeliminowanie przedwstępnych umów deweloperskich „pisanych na kolanie", jak również niedających nabywcy możliwości dochodzenia zawarcia umowy przyrzeczonej mimo wypełnienia swoich zobowiązań. Podobnego zdania są również T. Czech[15], R. Tymiec, D. Kurek[16], A. Burzak, M. Okoń oraz P. Pałka[17].

Nieco odmienny pogląd na skutki niedochowania formy aktu notarialnego przy zawieraniu przedwstępnej umowy deweloperskiej wyraża J. Pisuliński[18], który

[14] R. Strzelczyk: *Ochrona…*, *op. cit.*, s. 32 i 33.
[15] T. Czech: *Ustawa…*, *op. cit.*, art. 2.
[16] R. Tymiec: *Prawo…*, *op. cit.*, s. 537 i n.
[17] A. Burzak, M. Pałka, P. Okoń: *Ochrona…*, *op. cit.*, art. 2.
[18] J. Pisuliński: *System…*, *op. cit.*, s. 779, nb 113.

stwierdza, że wykładnia systemowa, jak również ochrona nabywcy nakazywałyby zgodnie z art. 390 § 2 k.c. stanąć na stanowisku, iż forma aktu notarialnego zastrzeżona jest jedynie *ad eventum.* Podobny pogląd wyraża również H. Ciepła[19], która wskazuje na skutek słabszy i silniejszy przedwstępnej umowy deweloperskiej oraz związane z nimi uprawnienia po stronie nabywcy.

Rozumiejąc intencje ustawodawcy, który chciał położyć kres praktyce polegającej na zawieraniu tzw. przedwstępnych umów ustanowienia odrębnej własności lokalu czy też umów przedwstępnych, należy stwierdzić, że jest to próba nieudolna. W świetle obowiązujących od dnia 29 kwietnia 2012 r. przepisów nastąpiło obligatoryjne zastąpienie tych umów zdefiniowaną umową deweloperską, która dla swej ważności wymaga nie tylko formy aktu notarialnego, lecz także spełnienia wielu dodatkowych warunków, wynikających z przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu… Obawy ustawodawcy o zastąpienie umowy deweloperskiej przedwstępną umową deweloperską i w ten sposób omijanie przez deweloperów przepisów ustawy uważam za bezpodstawne.

Po pierwsze, nie jest możliwe prowadzenie procesu inwestycyjnego w oparciu jedynie o podpisane umowy zobowiązujące do zawarcia umowy deweloperskiej, ale dopiero później umowy rozporządzającej przenoszącej własność lokalu. W warunkach rynkowych rodziłoby to niepewność, zarówno po stronie inwestora, jak i nabywcy, co do wywiązania się drugiej strony z takiej umowy. Dla przykładu w przypadku spadku cen lokali nabywcy nie byliby zainteresowani zawarciem umowy przyrzeczonej, zaś przy wzroście cen podobna reakcja zachodziłaby po stronie dewelopera.

Po drugie, umowa taka nie byłaby dla banku finansującego nabywcę wystarczającą podstawą do udzielenia kredytu, a następnie do uruchomienia środków na rachunek dewelopera, bowiem nie kreowałaby po stronie nabywcy roszczenia o przeniesienie własności lokalu, ale jedynie roszczenie o zawarcie umowy przyrzeczonej (deweloperskiej). Moim zdaniem nawet przy założeniu, że przedwstępna umowa deweloperska może być zawarta w formie pisemnej, nie ma możliwości wyeliminowania z obrotu umowy deweloperskiej. Przedwstępna umowa deweloperska, zgodnie z art. 389 k.c. w zw. z art. 2 ust. 2 u.o.p.n., musi bowiem zawierać zobowiązanie dewelopera do zawarcia umowy deweloperskiej — zatem *a contrario* nie może zawierać zobowiązania do przeniesienia własności lokalu, a w związku z tym nie można w jej wykonaniu zawrzeć umowy przeniesienia własności lokalu, z pominięciem umowy zobowiązującej, tj. umowy deweloperskiej.

Konkluduję zatem, że ustawodawca nieświadomie doprowadził do objęcia zakresem ustawy tzw. umów rezerwacyjnych, które stanowią pierwszy etap kontraktowania między nabywcą a deweloperem. Odznaczają się one bardzo małym formalizmem i zawierają jedynie ogólne postanowienia, w których zazwyczaj wska-

[19] H. Ciepła, B. Szczytowska: *Ustawa…*, *op. cit.*, s. 35 i n.

zuje się: dewelopera, nieruchomość, na której prowadzona jest lub będzie inwestycja, opis lokalu, wysokość wynagrodzenia za lokal oraz termin, w jakim powinna zostać zawarta umowa deweloperska. Tak skonstruowana umowa, wskazując poważne zamiary nabywcy w zakresie zakupu lokalu, stanowi dla banku podstawę przeprowadzenia procedury kredytowej oraz wydania promesy, zawierającej wstępną ocenę zdolności kredytowej. Umowa rezerwacyjna jest idealnym instrumentem, który pozwala z jednej strony zorientować się nabywcy w możliwości sfinansowania zakupu lokalu, a z drugiej strony już na wczesnym etapie procesu inwestycyjnego daje deweloperowi możliwość sprawdzenia, czy proponowany przez niego produkt znajdzie zainteresowanie wśród nabywców.

Wydaje się zatem, że przy rozpatrywaniu wymagań co do formy przedwstępnej umowy deweloperskiej należy poczynić takie same ustalenia, jakie mają miejsce przy interpretacji związku art. 158, 389 i 390 k.c., a zatem uznać, że w przypadku zawarcia pisemnej przedwstępnej umowy deweloperskiej nie będzie ona zgodnie z art. 73 § 2 k.c. nieważna, ale będzie wywierała jedynie słabszy skutek. Taka interpretacja będzie również lepiej realizowała cel ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu…, a więc ochronę nabywcy, bowiem w przypadku zawarcia przedwstępnej umowy deweloperskiej w formie pisemnej, która nie będzie nieważna z mocy prawa, nabywcy przysługiwać będzie, poza roszczeniem o zwrot na podstawie art. 410 k.c. nienależnego świadczenia — jeśli takowe poczynił, również roszczenie o naprawienie szkody w zakresie ujemnego interesu umownego. Gdyby przyjąć, że taka umowa przedwstępna jest z mocy prawa nieważna, nabywcy w stosunku do dewelopera nie przysługiwałyby żadne roszczenia, poza roszczeniem o zwrot tego, co na rzecz dewelopera świadczył.

VI. ISTOTNE ELEMENTY PRZEDWSTĘPNEJ UMOWY DEWELOPERSKIEJ

Kolejne zagadnienie związane z przedwstępną umową deweloperską i wymagające rozstrzygnięcia dotyczy minimalnej treści, jaką umowa ta powinna zawierać, aby spełniała przesłanki ważnie zawartej umowy.

Zgodnie z poglądem wyrażonym przez T. Czecha, przed zawarciem umowy przedwstępnej deweloper zobowiązany jest dochować wszelkich obowiązków określonych w art. 17–21 u.o.p.n., to jest: sporządzić i doręczyć prospekt informacyjny, udostępnić informacje o swojej sytuacji prawno-finansowej oraz dokumenty wymienione w art. 21 ustawy. Nadto, zdaniem tego autora, przedwstępna umowa deweloperska musi zawierać wszystkie elementy wymienione w art. 22 ust. 1 ustawy[20].

[20] T. Czech: *Ustawa…*, *op. cit.*, art. 2.

Podobne stanowisko prezentują A. Burzak, M. Okoń i P. Pałka, którzy twierdzą, że przedwstępna umowa deweloperska musi obligatoryjnie zawierać wszystkie elementy wymienione w art. 22 ust. 1 u.o.p.n., bowiem stanowią one ich zdaniem *essentialia negotii* umowy deweloperskiej, a mając na uwadze art. 389 k.c., wszystkie te postanowienia winny znaleźć się w umowie przedwstępnej[21]. Swoje stanowisko uzasadniają tym, że ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu… pozwala odstąpić nabywcy od umowy deweloperskiej, która nie zawiera wymaganych art. 22 ust. 1 postanowień.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na fakt, że owszem, ustawodawca przewidział możliwość odstąpienia od takiej „niekompletnej" umowy deweloperskiej przez nabywcę, ale jednocześnie z tym jednak zastrzeżeniem, że oświadczenie o odstąpieniu od umowy może nastąpić jedynie w terminie 30 dni od daty jej zawarcia. Jeśli zatem nabywca w zakreślonym terminie od umowy nie odstąpi, to umowa ta nie jest nieważna i wiąże strony w takim zakresie, w jakim została zawarta, z tym zastrzeżeniem, że zgodnie z art. 28 u.o.p.n. w miejsce mniej korzystnych dla nabywcy postanowień umowy nakazuje stosowanie zapisów ustawowych.

B. Gliniecki słusznie wskazuje na odmienność celów, w jakich zawierane są umowa deweloperska i przedwstępna umowa deweloperska. Pierwsza z nich podpisywana jest w momencie, gdy obie strony są już pewne, że są w stanie spełnić swoje świadczenia wynikające z umowy deweloperskiej — czyli deweloper posiada niezbędne decyzje administracyjne, prawo do gruntu oraz środku finansowe na realizację inwestycji, zaś nabywca dysponuje albo własnymi środkami pieniężnymi, albo ma zapewnione finansowanie kredytem bankowym zapłaty wynagrodzenia za przedmiot umowy. Druga umowa zawierana jest w warunkach znacznej niepewności czy to po stronie dewelopera, czy nabywcy. Niepewność ta jest na tyle duża, że strony, chcąc jednak zapewnić sobie dalszą możliwość kontraktowania, nie chcą przyjmować na siebie dalej idących zobowiązań. Niemniej podkreśla on, że pomimo tak daleko idących różnic między tymi umowami, mając na uwadze art. 2 ust. 2 u.o.p.n., do umowy przedwstępnej należy stosować bezpośrednio przepisy ustawy deweloperskiej łącznie z tymi, które nakładają na dewelopera obowiązki przedkontraktowe (doręczenie prospektu, zapewnienie środków ochrony wpłat itd.)[22].

Nieco bardziej elastyczne stanowisko przedstawione zostało przez R. Tymca i D. Kurek[23], którzy wskazują, że deweloper przed zawarciem przedwstępnej umowy deweloperskiej nie jest zobowiązany do zapewnienia nabywcom środków ochrony wpłat ani do doręczenia prospektu informacyjnego. Stanowisko takie jest logiczną konsekwencją przyjęcia przez autorów zapatrywania, że przedwstępna umowa deweloperska nie może nakładać na nabywcę żadnych zobowiązań, a zatem

[21] A. Burzak, M. Pałka, P. Okoń: *Ochrona…*, *op. cit.*, art. 2.

[22] B. Gliniecki: *Ustawa deweloperska. Komentarz do ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego*, art. 2, Lex el.

[23] R. Tymiec: *Prawo…*, *op. cit.*, s. 537 i n.

powyższe środki ochrony są zbędne. Co do samej treści przedwstępnej umowy deweloperskiej, również i ci autorzy stoją na stanowisku, że zgodnie z wynikającym z art. 2 ust. 2 u.o.p.n. obowiązkiem stosowania przepisów tejże ustawy wprost do umowy przedwstępnej musi zawierać ona wszystkie elementy umowy deweloperskiej, z tym zastrzeżeniem, że nie może ona zawierać żadnych zobowiązań po stronie nabywcy.

Moim zdaniem powyższe opinie autorów prowadzą do konstatacji, że ustawodawca wprowadził instytucję prawną w postaci przedwstępnej umowy deweloperskiej, która nie będzie miała racji bytu. Przyjęcie założenia, że takie same wymogi, jakie konieczne są do zawarcia umowy stanowczej, należy spełnić, aby zawrzeć umowę przedwstępną (czyli ją poprzedzającą), powoduje, że nie ma przesłanek merytorycznych ani ekonomicznych do zawierania umowy przedwstępnej.

Mając na uwadze zarówno wykładnię systemową, jak i celowościową, należy przyjąć, że art. 2 ust. 2 u.o.p.n. trzeba interpretować w ten sposób, że zakazuje on zawarcia przedwstępnej umowy deweloperskiej zobowiązującej nabywcę do zawarcia umowy deweloperskiej, która nie czyniłaby zadość wymogom ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu… w zakresie ochrony praw nabywcy. W pozostałym zakresie treść umowy winna być regulowana wolą stron w oparciu o zasadę swobody umów.

Odnosząc się do zagadnienia dotyczącego istotnych elementów przedwstępnej umowy deweloperskiej, uważam, że słuszne stanowisko prezentuje M. Krajewski[24], który stwierdza, że do zawarcia ważnej umowy przedwstępnej wystarcza uzgodnienie koniecznych elementów umowy przyrzeczonej.

Moim zdaniem art. 22 u.o.p.n. nie stanowi enumeratywnego wyliczenia elementów istotnych umowy deweloperskiej. Stoję na stanowisku, że elementy te zostały wyrażone w art. 1 w zw. z art. 3 pkt 5 u.o.p.n. Swoje przekonanie opieram na tym, że elementy istotne umowy to takie, bez których umowa ta nie może istnieć w obrocie prawnym, a co za tym idzie, ich brak powoduje nieważność umowy.

Sam ustawodawca wprowadził w art. 29 u.o.p.n. prawo odstąpienia od umowy deweloperskiej, która nie zawiera elementów wskazanych w art. 22 tej ustawy, wyznaczając trzydziestodniowy termin na odstąpienie, licząc od daty zawarcia umowy deweloperskiej.

Z przepisu tego wynika przede wszystkim, że taka niekompletna umowa jest umową deweloperską. Nabywca ma bowiem prawo odstąpienia od umowy deweloperskiej, a nie od „umowy". Zatem, pomimo pewnych braków, cały czas mamy do czynienia z umową deweloperską. Nadto, jeśli nabywca od takiej niekompletnej umowy deweloperskiej nie odstąpi w ciągu 30 dni, to wówczas, pomimo braku pewnych postanowień, umowa ta będzie wiązać strony w takim zakresie, w jakim została podpisana. Nie będzie mogła jednak być tak interpretowana, aby całokształt

[24] M. Krajewski: *Umowa przedwstępna*, Warszawa 2000, s. 106.

zapisów był mniej korzystny dla nabywcy aniżeli regulacje ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu…

Wydaje się, że są to jednak rozważania teoretyczne, bowiem umowa deweloperska musi zostać zawarta w formie aktu notarialnego, a zatem na notariuszu spoczywał będzie obowiązek dopilnowania, aby umowa deweloperska zawierała wszystkie wskazane przez ustawodawcę elementy.

Podsumowując powyższe, uważam, że konieczne jest zamieszczenie w przedwstępnej umowie deweloperskiej co najmniej zobowiązania dewelopera do zawarcia w przyszłości umowy, na mocy której zobowiąże się on do ustanowienia odrębnej własności lokalu mieszkalnego i przeniesienia jego własności na nabywcę albo do przeniesienia na nabywcę własności nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym lub użytkowania wieczystego nieruchomości gruntowej i własności domu jednorodzinnego na niej posadowionego stanowiącego odrębny przedmiot własności (umowy deweloperskiej). Zobowiązanie dewelopera może być skorelowane z zobowiązaniem nabywcy do zawarcia umowy, lecz nie jest to element konieczny. Mając jednak na uwadze zakres zobowiązań dewelopera, konieczne będzie również określenie przedmiotu umowy, to jest lokalu lub domu, którego własność ma zostać przeniesiona na nabywcę, jak również wyszczególnienie należnego deweloperowi wynagrodzenia. Uważam, że te elementy są wystarczające, aby uznać, że przedwstępna umowa deweloperska określa istotne postanowienia umowy przyrzeczonej.

VII. OCHRONA UPRAWNIONEGO Z PRZEDWSTĘPNEJ UMOWY DEWELOPERSKIEJ

W kolejnym etapie rozważań nad przedwstępną umową deweloperską należy się zastanowić, czy konsument zawierający umowę przedwstępną z deweloperem ma zapewnioną szerszą ochronę niż ta wynikająca z przepisów kodeksu cywilnego.

Istotne jest wskazanie, że kontrahent dewelopera, z którym ten zawiera przedwstępną umowę deweloperską, nie uzyskuje statusu nabywcy w rozumieniu ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu… Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 4 u.o.p.n. nabywcą jest osoba fizyczną, która na podstawie umowy deweloperskiej uprawniona jest do przeniesienia na nią prawa, o którym mowa w art. 1 tej ustawy, oraz zobowiązuje się do spełnienia świadczenia pieniężnego na rzecz dewelopera na poczet ceny nabycia tego prawa. W przypadku deweloperskiej umowy przedwstępnej istnieje jedynie zobowiązanie, co najmniej dewelopera, do zawarcia umowy deweloperskiej, zaś jego kontrahent nie musi zobowiązać się do jakichkolwiek świadczeń pieniężnych. Moim zdaniem osoby uprawnionej do zawarcia umowy deweloperskiej na podstawie wcześniej zawartej przedwstępnej umowy deweloperskiej nie można traktować jako nabywcy w rozumieniu ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu…,

a zatem nie korzysta on z ochrony, jaką przepisy tej ustawy zapewniają nabywcy, co będzie szczególnie istotne w przypadku upadłości dewelopera i wydzieleniu odrębnej części masy upadłościowej, z której zaspokajane będą wyłącznie roszczenia nabywców.

Mając na uwadze powyższe, należy stanąć na stanowisku, że umowa przedwstępna, w rozumieniu art. 389 k.c., oraz deweloperska umowa przedwstępna w rozumieniu art. 2 ust. 2 u.o.p.n. są tożsamymi umowami, które zobowiązują do zawarcia umowy deweloperskiej. Oczywiście taka przedwstępna umowa nie może zobowiązywać kontrahenta dewelopera do zawarcia umowy deweloperskiej na warunkach mniej korzystnych niż te, które określa ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu…

Moim zdaniem art. 2 ust. 2 u.o.p.n. nie zawiera dodatkowych norm mających wprowadzić odrębny typ umowy przedwstępnej, czyli deweloperską umowę przedwstępną. Brak tego przepisu w żaden sposób nie uniemożliwiałby zawarcia umowy przedwstępnej do umowy deweloperskiej na podstawie art. 389 k.c., jak również nie powodowałby, iż kontrahent dewelopera miałby słabszą ochronę, niż posiada w związku z obowiązywaniem tego przepisu. Można zatem uznać regulację zawartą w art. 2 ust. 2 u.o.p.n. za zbędną.

Jak już pisałem powyżej, przepis ten został wprowadzony jako mający zapobiec obchodzeniu wymogów ustawowych przez deweloperów i mający zwiększyć bezpieczeństwo nabywców lokali mieszkalnych. Uwadze ustawodawcy, moim zdaniem, umknął fakt, że umowa zobowiązująca do zawarcia umowy deweloperskiej nie może zastąpić umowy deweloperskiej (co więcej, musi doprowadzić do jej zawarcia, a co za tym idzie — do spełnienia przez dewelopera wymogów wynikających z ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu…) i stanowić podstawy do przeniesienia własności lokalu lub nieruchomości zabudowanej domem jednorodzinnym.

Skutkiem takich działań ustawodawcy jest obecnie planowanie wprowadzenia kolejnego typu umowy, to jest „umowy rezerwacyjnej", która miałaby poprzedzać, jak rozumiem, etap przedwstępnej umowy deweloperskiej i umowy deweloperskiej. Szerzej o tych propozycjach ustawodawcy poniżej.

VIII. UWAGI KOŃCOWE

Wydaje się, że ustawodawca, dążąc do kompleksowego uregulowania relacji między deweloperem a nabywcą, mając na uwadze trwającą przez lata bezradność nabywców wobec nieuczciwych deweloperów, tak bardzo starał się ograniczyć możliwość obchodzenia przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, że doprowadził do zbyt daleko idącej ingerencji w swobodę umów. Konsekwencją wprowadzenia nowych przepisów jest zdaniem dużej części doktryny zdefiniowanie „przedwstępnej umowy deweloperskiej" i na-

kazanie stosowania przy jej zawieraniu wprost przepisów ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu…

Proces kontraktowania między nabywcą a deweloperem jest co najmniej dwustopniowy (zakładam, że przepisy ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu… mają zastosowanie jedynie do inwestycji, których realizacja nie zakończyła się jeszcze pozwoleniem na użytkowanie). Muszą zostać zawarte przynajmniej dwie umowy: deweloperska — przed rozpoczęciem inwestycji lub w jej trakcie, oraz umowa przenosząca własność po uzyskaniu przez dewelopera pozwolenia na użytkowanie budynku. Dodatkowy, wstępny etap, polegający na zawarciu przedwstępnej umowy deweloperskiej (zwanej dotychczas potocznie rezerwacyjną) jest fakultatywny. Wystąpi on jedynie w przypadku, gdy któraś ze stron lub obie nie chcą jeszcze lub nie mogą (np. deweloper nie spełnia warunków wymaganych przez ustawę o ochronie praw nabywcy lokalu…) podjąć ryzyka związanego z podpisaniem umowy deweloperskiej. Etap ten powinien cechować się dużą swobodą kontraktowania przez strony oraz niskimi kosztami tak, aby podmioty te mogły swobodnie realizować swoje cele, odpowiednio gospodarcze i mieszkaniowe.

Niedogodność tę zdaje się zauważać ustawodawca, który po trzech latach obowiązywania ustawy o ochronie praw nabywcy lokalu… przygotowuje nowelizację przepisów i planuje wprowadzić kolejny rodzaj umowy, tzw. umowę rezerwacyjną.

Jak czytamy w uzasadnieniu projektu założeń do ustawy nowelizującej ustawę z dnia 16 września 2011 r. o ochronie praw nabywcy lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego, przygotowanego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów[25], w ramach proponowanych zmian „deweloper będzie mógł zaproponować osobie zainteresowanej jego ofertą zawarcie umowy rezerwacyjnej. Samo zawarcie umowy rezerwacyjnej powinno mieć zatem charakter fakultatywny. Umowa rezerwacyjna obligatoryjnie powinna mieć formę pisemną. Przedmiotem umowy rezerwacyjnej powinno być zobowiązanie dewelopera do wyłączenia z jego oferty, na czas określony w umowie, wybranego przez osobę zainteresowaną zawarciem z nim umowy (kupnem lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego) lokalu mieszkalnego lub domu jednorodzinnego. Zobowiązanie osoby zainteresowanej zawarciem umowy z deweloperem może obejmować zapłatę na rzecz dewelopera opłaty rezerwacyjnej w wysokości nieprzekraczającej 1% ceny nabycia prawa, o którym mowa w art. 1 u.o.p.n.

Moim zdaniem proponowany kierunek zmian jest błędny i wprowadzi tylko niepotrzebnie kolejną instytucję, z której korzystania nie będzie zainteresowany ani deweloper, ani nabywca. Samo zobowiązanie dewelopera do wyłączenia jakiegoś lokalu z oferty nie będzie rodziło po stronie nabywcy uprawnienia do żądania zawarcia umowy deweloperskiej, a zatem nie będzie miał on żadnej gwarancji, że wybrany przez niego lokal stanie się przedmiotem umowy deweloperskiej. Umowa

[25] Projekt wpisany do Wykazu prac legislacyjnych Rady Ministrów pod nr ZD117.

rezerwacyjna nie będzie mogła zawierać zobowiązania dewelopera do zawarcia umowy deweloperskiej, ponieważ wówczas byłaby zgodnie z art. 2 ust. 2 u.o.p.n. przedwstępną umową deweloperską. Wprowadzenie zatem umowy rezerwacyjnej według proponowanego założenia spowoduje, że żadna z jej stron nie będzie miała jakiejkolwiek możliwości egzekwowania swoich uprawnień, poza żądaniem odszkodowania. Wydaje się jednak, że w przypadku nabywcy udowodnienie szkody będzie niezwykle trudne, bowiem deweloper spełni swoje zobowiązanie — przez zakreślony w umowie czas nie będzie oferował lokalu innym podmiotom, lecz po upływie tego czasu nie będzie miał obowiązku zawarcia z nabywcą umowy i lokal będzie mógł powrotnie oferować na rynku.

Ustawodawca planuje nadto nałożenie na dewelopera już przy zawieraniu umowy rezerwacyjnej obowiązków dostarczenia prospektu informacyjnego oraz wszelkiej dokumentacji i informacji, jakich wymaga ustawa o ochronie praw nabywcy lokalu… przy zawieraniu umowy deweloperskiej, co według mnie jest nadmiernym formalizmem na tak wczesnym etapie kontraktowania.

Wydaje się, że próby tak szczegółowego sformalizowania umów związanych z rynkiem deweloperskim prowadzą do przeregulowania tej dziedziny prawa i znacząco osłabiają autonomię woli stron w kształtowaniu stosunków zobowiązaniowych.

Uważam, że ingerencja ustawodawcy w problem przedwstępnej umowy deweloperskiej (rezerwacyjnej) jest wskazana. Moim zdaniem działania prawodawcy winny iść w stronę jednoznacznego określenia przedwstępnej umowy deweloperskiej, jako pisemnej umowy zawartej między deweloperem a nabywcą, w której co najmniej deweloper zobowiązuje się do zawarcia umowy deweloperskiej, wraz ze wskazaniem, że maksymalne świadczenie nabywcy na poczet przyszłego wynagrodzenia dewelopera nie może przekraczać procentowo (np. 2%) wskazanej jego wysokości. Inne postanowienia przedwstępnej umowy zawieranej przez dewelopera oraz nabywcę należy pozostawić ich swobodnemu uznaniu.

MARCIN SOLAK

DEVELOPER'S PRELIMINARY CONTRACT

S u m m a r y

This article addresses the issue of the developer's preliminary contract, including its economic functions. The author attempts to answer the question whether Article 2(2) of the Act on Protecting the Rights of Purchasers of Houses contains an autonomous definition of the "developer's preliminary contract" or it only implies that in some cases the provisions

of the above-mentioned Act will be applicable for preliminary contracts concluded on the basis of Article 389 of the Civil Code. Furthermore, the article discusses the issue of the required form for the developer's preliminary contract and the consequences of non-observing it. The author also lists necessary elements of such type of agreement. In conclusions, the author refers to the amendment proposal to the Act on Protecting the Rights of Purchasers of Houses that introduces a new institution, i.e. the defined reservation agreement.