

Sopot, 18 maja 2009 roku

OPINIA PRAWNA

W PRZEDMIOCIE NIEODPŁATNEGO ŚWIADCZENIA PRZEZ POŚREDNIKÓW USŁUG POŚREDNICTWA W OBROCIE NIERUCHOMOŚCIAMI ORAZ DOPUSZCZALNOŚCI REKLAMOWANIA TAKICH USŁUG JAKO WOLNYCH OD OBOWIĄZKU ZAPŁATY PROWIZJI PRZEZ KONTRAHENTA POŚREDNIKA (KLIENTA).

I. PRZEDMIOT OPINII:

O wydanie niniejszej opinii zwróciło się Stowarzyszenie Pomorskie Pośredników w Obrocie Nieruchomościami w związku z pojawieniem się na rynku obrotu nieruchomościami praktyk oferowania usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia.

Niniejsze opracowanie ma na celu kompleksową analizę przedmiotowego zagadnienia i dokonanie oceny, czy kampanie reklamowe typu: „Rewolucja 0%”, „Nie płać za coś co u nas masz za darmo”, „Kupujący nie płaci prowizji” itp., prowadzone przez niektórych pośredników („Metrohouse”, „Partnerzy”), są prowadzone zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawnymi, standardami zawodowymi i zasadami etyki zawodowej pośredników oraz jakie są prawne konsekwencje ewentualnego prowadzenia takich kampanii z naruszeniem prawa i/lub zasad wykonywania zawodu pośrednika.

Jakkolwiek zasadniczym zadaniem niniejszej opinii jest ocena dopuszczalności reklamowania przez pośredników świadczonych przez nich usług jako wolnych od prowizji, to jednak dla dokonania takiej oceny niezbędna staje się w pierwszej kolejności wnikliwa analiza zagadnienia samej nieodpłatności w świadczeniu usług pośrednictwa w obrocie nieruchomościami (a nie tylko reklamowania takich usług).

II. STAN PRAWNY

2.1. Obowiązujące regulacje prawne.

Zawodowe wykonywanie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami poddane zostało przede wszystkim regulacji szczegółowej w przepisach ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. 1997 Nr 115 poz. 741 z późn. zm.)

W zakresie nieuregulowanym przepisami szczególnymi powołanej wyżej ustawy zastosowanie będą miały ogólnie obowiązujące przepisy prawa, w tym w szczególności przepisy Kodeksu Cywilnego (ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku, Dz. U. 1964 Nr 16 poz. 93 z późn. zm.)

Zastosowanie dla potrzeb niniejszej opinii będzie miała również regulacja zawarta w Ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. 1993 Nr 47 poz. 211 z późn. zm.)

Nadto dla oceny zachowań podmiotów świadczących zawodowo usługi pośrednictwa w obrocie nieruchomościami istotne znaczenie mają Standardy Zawodowe Pośredników w Obrocie Nieruchomościami ustalone przez Polską Federację Rynku Nieruchomości. *(Przy opracowywaniu niniejszej opinii, w związku z informacją o opracowaniu nowych Standardów Zawodowych, zamieszczoną na stronie internetowej Stowarzyszenia Pomorskiego Pośredników w Obrocie Nieruchomościami (<http://www.sppon.pl>), opiniujący oparł się na zaktualizowanym tekście jednolitym Standardów Zawodowych; należy jednak zaznaczyć, że na dzień wydania niniejszej opinii, obowiązuje tekst stanowiący załącznik do Komunikatu*

Ministra Infrastruktury z dnia 28 kwietnia 2005 r. w sprawie uzgodnienia standardów zawodowych pośredników w obrocie nieruchomościami (Dz. Urz. MI z dnia 19 maja 2005 r.)

Kwestia ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej podmiotów wykonujących czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami uregulowana została w Rozporządzeniu Ministra Finansów z dnia 21 września 2004 roku w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pośrednika w obrocie nieruchomościami (Dz. U. 2004 Nr 207 poz. 2113).

2.2. Pośrednictwo w Obrocie Nieruchomościami jako działalność zawodowa

Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami jest działalnością zawodową, wykonywaną na zasadach określonych w ustawie z dnia 21 sierpnia 1997 roku o gospodarce nieruchomościami (art. 179 ust. 1).

Pośrednictwo w odniesieniu do obrotu nieruchomościami dotyczy praw majątkowych o dużej wartości, dlatego ustawodawca uznał, aby obrót taki dokonywał się przy udziale pośredników zawodowych. Regulacja ta ma na celu zapewnienie świadczenia usług na odpowiednim zawodowym poziomie, z zapewnieniem ochrony interesów osób uczestniczących w obrocie.

Zgodnie z brzmieniem ustawy, pośrednikiem w obrocie nieruchomościami jest osoba fizyczna posiadająca licencję zawodową nadaną w trybie przepisów ustawy (art. 179 ust. 2). Prawo wykonywania zawodu oraz używania podlegającego ochronie prawnej tytułu zawodowego „pośrednik w obrocie nieruchomościami” nabywa się z dniem wpisu do centralnego rejestru pośredników w obrocie nieruchomościami (art. 179 ust. 4).

Pośrednictwo polega na zawodowym wykonywaniu czynności zmierzających do zawarcia przez inne osoby umów:

- nabycia lub zbycia praw do nieruchomości,
- nabycia lub zbycia własnościowego spółdzielczego prawa do lokalu mieszkalnego, spółdzielczego prawa do lokalu użytkowego lub prawa do domu jednorodzinnego w spółdzielni mieszkaniowej,
- najmu lub dzierżawy nieruchomości albo ich części,

- innych, mających za przedmiot prawa do nieruchomości lub ich części (art. 180 ust. 1).

2.3. Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami (art. 180 ust. 3 i n. ugn).

Zakres czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami określa umowa, sporządzona w formie pisemnej pod rygorem nieważności. W umowie wskazuje się w szczególności pośrednika odpowiedzialnego zawodowo za jej wykonanie, numer jego licencji zawodowej oraz oświadczenie o posiadanym ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa (art. 180 ust. 3).

Przez umowę pośrednictwa pośrednik zobowiązuje się do dokonywania dla zamawiającego czynności zmierzających do zawarcia wymienionych umów, zamawiający zaś zobowiązuje się do zapłaty pośrednikowi wynagrodzenia (art. 180 ust. 4). Sposób ustalenia lub wysokość wynagrodzenia określa umowa pośrednictwa, a w braku ustaleń, przysługuje wynagrodzenie zwyczajowo przyjęte w danych stosunkach (art. 180 ust. 5).

Umowa pośrednictwa jest więc *ex definitione* umową odpłatną, w której wzajemne zobowiązania stron są ustawowo określone. Wynagrodzenie należne pośrednikowi jest elementem koniecznym umowy, zawarcie zaś umowy, w której nie przewiduje się wynagrodzenia za usługi pośrednictwa, jest sprzeczne z omawianą regulacją ustawową. W tym miejscu należy zauważyć, że ustawodawca przewidział jedynie możliwość braku określenia w umowie sposobu ustalenia lub wysokości wynagrodzenia, nie przewidział natomiast możliwości, by usługi pośrednictwa były świadczone nieodpłatnie.

2.4. Obowiązki pośrednika

Pośrednik jest zobowiązany do wykonywania czynności zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa i standardami zawodowymi, ze szczególną starannością właściwą dla zawodowego charakteru tych czynności oraz zasadami etyki zawodowej. Jest on także zobowiązany do kierowania się zasadą ochrony interesu osób, na których rzecz wykonuje określone czynności (art. 181 ust. 1). Pośrednik jest także zobowiązany do stałego doskonalenia swoich kwalifikacji zawodowych i podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu

od odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa (art. 181 ust. 2 i 3).

Na pośredników został bowiem nałożony szczególny obowiązek ustawowy dbania o profesjonalny wizerunek wykonywanego zawodu. W celu zapewnienia świadczenia usług na odpowiednim zawodowym poziomie, pośrednicy powinni mieć odpowiednie przygotowanie teoretyczne i praktyczne, aby swoje usługi świadczyli z należytą starannością, lojalnie wobec zleciodawców i w sposób odpowiedzialny. Przyjąć należy w szczególności, że niedopuszczalne byłoby zawieranie przez pośredników w obrocie nieruchomościami umów pośrednictwa, które pozostawałyby sprzeczne z postanowieniami ustawy

2.5. Odpowiedzialność pośrednika

Pośrednik niewypełniający obowiązków podlega odpowiedzialności zawodowej (art. 183 ust. 1). Z tego tytułu mogą być orzeczone wobec pośrednika następujące kary dyscyplinarne:

- upomnienie,
- nagana,
- zawieszenie licencji zawodowej na okres od 3 miesięcy do 1 roku,
- pozbawienie licencji zawodowej z możliwością ponownego ubiegania się o jej nadanie,
- pozbawienie licencji zawodowej z możliwością ubiegania się o ponowne jej nadanie po upływie 3 lat od dnia pozbawienia (art. 183 ust. 2).

Pozbawienie licencji zawodowej następuje również w przypadkach:

- utraty zdolności do czynności prawnych,
- skazania za przestępstwa przeciwko mieniu, dokumentom, za przestępstwa gospodarcze, za fałszowanie pieniędzy, papierów wartościowych, znaków urzędowych, za składanie fałszywych zeznań oraz za przestępstwa skarbowe,
- wydania sądowego zakazu wykonywania zawodu pośrednika w obrocie nieruchomościami,
- sądowego zakazu prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami (art. 183 ust. 3).

W wyżej wymienionych przypadkach pozbawienie licencji następuje z mocy prawa z dniem, w którym orzeczenie sądu stało się prawomocne (art. 183 ust. 5 zd. 1).

III. CHARAKTER PRAWNY UMOWY O POŚREDNICTWO. ODPLATNOŚĆ JAKO PRZEDMIOTOWO ISTOTNY ELEMENT TEJ UMOWY.

Jak wskazano wyżej poprzez umowę pośrednictwa pośrednik zobowiązuje się do dokonywania dla zamawiającego czynności zmierzających do zawarcia wymienionych umów, zamawiający zaś zobowiązuje się do zapłaty pośrednikowi wynagrodzenia (art. 180 ust. 4 ugn).

Już na wstępie podkreślić należy, iż umowa o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami jest umową kwalifikowaną pod względem formalnym (wymaga bowiem dla swej ważności zachowania formy pisemnej - forma pod rygorem nieważności) a także jest umową kwalifikowaną podmiotowo. Jej stroną może być bowiem wyłącznie „zawodowy” pośrednik - podmiot spełniający kryteria określone w przepisach ugn.

Zgodnie z przedstawioną definicją umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami jest dalej umową dwustronnie zobowiązującą (każda ze stron jest zobowiązana do określonego świadczenia) i *ex definitione* umową odpłatną.

Obowiązujący Kodeks cywilny nie zawiera odrębnych przepisów regulujących ogólnie (nie tylko w zakresie odnoszącym się do pośrednictwa w obrocie nieruchomościami) umowę pośrednictwa (Umowa pośrednictwa regulowana była natomiast w przedwojennym Kodeksie Zobowiązań w art. 517 i n.). Art. 750 k.c. formułuje jednak ogólną zasadę, zgodnie z którą, do umów o świadczenie usług, w których przedmiotem świadczenia jest wykonanie czynności faktycznej, a które nie są regulowane innymi przepisami, stosuje się przepisy o zleceniu. Nie ulega wątpliwości, że umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami jest umową o świadczenie usług, jest jednak uregulowana w sposób szczegółowy w ustawie o gospodarce nieruchomościami. W związku z powyższym należy przyjąć, że przepisy dotyczące zlecenia nie mają zastosowania do umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami (mają natomiast zastosowanie do wykonywania innego rodzaju pośrednictwa). Sam fakt uregulowania umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami

w odrębnej ustawie o gospodarce nieruchomościami potwierdza wagę jaką ustawodawca przypisał konieczności prawnego unormowania tego typu usług. Jednocześnie określenie w ustawie o gospodarce nieruchomościami (art. 180 par. 3 i 4) *essentialia negotii* umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami pozwala przyjąć, że ze względu na specyfikę tego rodzaju pośrednictwa wyłączona jest tu możliwość stosowania, nawet odpowiednio, przepisów dotyczących umowy zlecenia.

Jak wskazano wyżej, w obowiązującym stanie prawnym ustawodawca przewidział jedynie możliwość braku określenia w samej umowie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami sposobu ustalenia lub wysokości wynagrodzenia, nie przewidział natomiast możliwości, by usługi pośrednictwa były świadczone nieodpłatnie. Jeżeli bowiem strony nie określiły w umowie wysokości lub sposobu ustalenia wynagrodzenia, przysługuje wynagrodzenie zwyczajowo przyjęte w danych stosunkach (art. 180 ust.5 ugn).

W tym aspekcie umowa o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami różni się na przykład od umowy zlecenia (art. 734 k.c.). Umowa zlecenia (inaczej niż umowa o pośrednictwo) może bowiem przewidywać (może to też wynikać z okoliczności), że przyjmujący zlecenie zobowiązał się je wykonać nieodpłatnie.

Zobowiązanie zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia jest elementem przedmiotowo istotnym umowy o pośrednictwo, typizując ją pod względem prawnym.

Umowa, w której zakres świadczeń pośrednika obejmuje dokonywanie czynności wymienionych w art. 180 par. 1 ugn., która jednak zakładałaby, że czynności te będą dokonywane przez pośrednika nieodpłatnie (bez ekwiwalentu) nie będzie w związku z tym stanowić umowy o pośrednictwo w rozumieniu art. 180 par. 3 ugn.

Definicja umowy o pośrednictwo zawarta w ugn. nie rozstrzyga natomiast jednoznacznie, czy umowa ta winna być traktowana jako umowa należytego działania (a zatem czy pośrednikowi przysługiwałoby wynagrodzenie za samo dokonywanie czynności objętych jej zakresem), czy też jako umowa rezultatu (w szczególności wynagrodzenie należne byłoby wyłącznie w przypadku doprowadzenia przez pośrednika do zawarcia przez zlecającego pośrednictwo umowy z osobą trzecią). (W poprzednim stanie prawnym, kodeks zobowiązań przewidywał wynagrodzenie pośrednika za stworzenie sposobności do zawarcia

przez klienta umowy z osobą trzecią tylko wtedy, gdy umowa została zawarta wskutek zabiegów pośrednika. Umowa pośrednictwa była więc określona jako umowa rezultatu).

Obecnie, wobec braku regulacji ustawowej w tym zakresie przyjąć należy, iż nadanie konkretnej umowie charakteru umowy należytego działania lub odpowiednio umowy rezultatu ustawodawca pozostawił zainteresowanym stronom; jednakowoż zwyczajowo wynagrodzenie pośrednika ma charakter prowizyjny i prawo do żądania jego wypłaty powstaje dopiero w przypadku doprowadzenia przez pośrednika do zawarcia umowy pomiędzy zlecającym pośrednictwo a osobą trzecią.

W tym miejscu czas postawić pytanie, czy pośrednicy (podmioty prowadzące działalność zawodową w ramach pośredniczenia w obrocie nieruchomościami) mogą w ramach prowadzenia tej działalności i świadczenia usług pośrednictwa zawierać ze swoimi kontrahentami jakiegokolwiek inne umowy niż umowa o pośrednictwo w rozumieniu art. 180 ust.3 ugn. (powtórzmy: umowa ta jest z istoty rzeczy umową odpłatną).

Konkretnie rozważyć należy, czy w ogóle dopuszczalne jest zawieranie umów, w których świadczenie usług pośredniczenia w obrocie nieruchomościami byłoby nieodpłatne. Umowy takie nie podlegałyby już przepisom ustawy o gospodarce nieruchomościami, a stosować do nich należałoby odpowiednio (zob. art. 750 k.c.) przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu (podobnie jak do innych umów o świadczenie usług, nieuregulowanych innymi przepisami).

Zgodnie z brzmieniem art. 535¹ kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Zasada swobody umów pozwala co prawda zainteresowanym podmiotom układać wzajemne stosunki kontraktowe w sposób autonomiczny; podlega ona jednak wskazanym ograniczeniom wynikającym, czy to bezpośrednio z przepisów prawa, czy też z natury danego stosunku prawnego.

Świadczenie zawodowo usług pośredniczenia w obrocie nieruchomościami poddane zostało stosunkowo restrykcyjnej regulacji prawnej zawartej w omawianej tu ustawie o gospodarce nieruchomościami. Ustawa ta wprowadziła – co wskazano wyżej - kwalifikowane kryteria

odnoszące się do wymogów formalnych umowy o pośrednictwo, oraz wymogów jakie powinien spełniać podmiot zawierający taką umowę, podejmujący się świadczenia usług pośredniczenia.

Bezspornie przyjąć należy, iż sformalizowanie świadczenia usług w zakresie pośredniczenia w obrocie nieruchomościami uzasadnione jest ze względu na ochronę i bezpieczeństwo uczestników tego obrotu.

W ocenie opiniującego, ustawa o gospodarce nieruchomościami regulując zawodowe świadczenie tych usług rozstrzyga także, iż odbywać się ono winno w ramach zawieranej przez pośrednika umowy o pośrednictwo, odpowiadającej kryteriom ustalonym w tejże ustawie, w art. 180 par.3.

Przyjęcie, iż pośrednicy korzystając z zasady swobody umów, mogliby zawierać ze swoimi kontrahentami inne umowy niż umowa o pośrednictwo w rozumieniu art. 180 ust.3 ugn. (w tym umowy o nieodpłatne świadczenie tych usług) przeczyłoby w ogóle ratio legis całej zawartej w ustawie o gospodarce nieruchomościami regulacji dotyczącej pośredniczenia w obrocie nieruchomościami.

Konkludując tę część rozważań opiniujący podnosi, że jego zdaniem, nie jest dopuszczalnym świadczenie zawodowe usług pośredniczenia w obrocie nieruchomościami przez pośredników na rzecz osób zlecających usługi pośredniczenia na podstawie innych umów cywilnoprawnych niż odpłatna z definicji umowa o pośrednictwo, stypizowana w art. 180 par.3 ugn.

Umowa, na podstawie której pośrednik podejmowałby się świadczenia usług pośredniczenia opisanych w art. 180 par.1 ugn. nieodpłatnie nie jest umową o pośrednictwo w rozumieniu powołanego wyżej przepisu art. 180 par.3 ugn. W związku z tym świadczenie usług na podstawie takich nieodpłatnych umów ocenić należy jako naruszenie obowiązujących przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami.

IV. ŚWIADCZENIE PRZEZ POŚREDNIKA USŁUG NA RZECZ OBU STRON TRANSAKCJI.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym omówienia dla oceny zasadniczego pytania postawionego opiniującemu jest kwestia świadczenia przez pośrednika usług na rzecz obu stron transakcji, w tym w szczególności w kontekście możliwości rezygnacji przez pośrednika z wynagrodzenia, do zapłaty którego zobowiązana byłaby jedna ze stron tej transakcji oraz możliwości przerzucenia ciężaru zapłaty tego wynagrodzenia wyłącznie na drugą stronę.

Kwestia dopuszczalności pośredniczenia na rzecz obu stron transakcji nie została poddana regulacji ustawowej. (W poprzednim stanie prawnym, art. 521 k.z. przewidywał utratę przez pośrednika prawa do wynagrodzenia w przypadku pośredniczenia także na korzyść drugiej strony mimo zakazu zawartego w umowie. Nie wprowadzono zatem zakazu świadczenia usług na obie strony, zakaz ten mógł być jednak wprowadzony umownie).

Przepis dotyczący omawianego zagadnienia znalazł się natomiast w Standardach Zawodowych Pośredników W Obrocie Nieruchomościami ustalonych przez Polską Federację Rynku Nieruchomości. Zgodnie z par. 24 Standardów Zawodowych (w nowej wersji), pośrednik może wykonywać czynności pośrednictwa na rzecz obu stron transakcji pod warunkiem uzyskania ich pisemnej zgody. Zgodnie z powyższym, według Standardów Zawodowych (nie stanowiących jednak przepisów bezwzględnie obowiązujących) pośredniczenie na rzecz obu stron transakcji jest obecnie dopuszczalne jedynie na podstawie odpowiednich zapisów w umowach zawartych z każdą ze stron transakcji.

Specyfika sytuacji pośrednika wykonującego swoje usługi na rzecz obu stron transakcji polega na tym, że interesy tych stron są z samego założenia sprzeczne (sprzedający jest zainteresowany osiągnięciem jak najwyższej ceny sprzedaży nieruchomości, podczas gdy kupujący chciałby zapłacić za tą nieruchomość możliwie najmniej). Ta zasadnicza sprzeczność interesów powoduje, iż zawsze istnieć będzie możliwość naruszenia przez pośrednika interesu jednej z dwóch stron transakcji.

Tymczasem pośrednik powinien postępować w taki sposób, aby chronić interesy osób, na rzecz których wykonuje czynności pośrednictwa z uwzględnieniem zasady równego i uczciwego traktowania wszystkich stron transakcji (par. 22 Standardów Zawodowych).

Specyfika czynności pośrednictwa wyraża się także w tym, iż określone czynności dokonywane przez pośrednika na rzecz jednej ze stron transakcji (na przykład gromadzenie dokumentacji związanej z transakcją, potwierdzenie/sprawdzenie stanu prawnego nieruchomości, umawianie spotkań itp.) stanowią równocześnie czynności, z których korzysta również druga strona takiej transakcji.

Trudnym staje się więc ustalenie w takich wypadkach, w interesie której ze stron transakcji pośrednik podejmuje daną czynność (na rzecz której ze stron świadczy w danym momencie usługi).

Jak wskazano wyżej, świadczenie przez pośrednika usługi na rzecz obu stron równocześnie wymagałoby zgody każdej z nich. Zakłada się więc, iż pośrednik winien w takim wypadku zawrzeć umowę o pośrednictwo z każdą ze stron przyszłej transakcji. (Jak wcześniej wskazano, pośrednik świadczy usługi na podstawie zawartej z klientem umowy pośrednictwa, jest więc zobowiązany zawrzeć umowę pośrednictwa z każdym klientem, na rzecz którego zamierza pośredniczyć. Oznacza to, że świadczenie usług na rzecz jednej strony wymaga zawarcia jednej umowy pośrednictwa, świadczenie usług na rzecz dwóch stron wymaga natomiast zawarcia dwóch osobnych umów pośrednictwa. Przyjęcie innego rozwiązania byłoby sprzeczne z obowiązującym prawem, jak już bowiem wskazano w niniejszej opinii, niedopuszczalne jest świadczenie usług przez pośrednika na innej podstawie niż umowa pośrednictwa).

Skoro umowa o pośrednictwo jest umową *ex definitione* odpłatną, w każdej z dwóch umów zawartych odpowiednio ze sprzedającym i kupującym powinno zostać określone odrębnie wynagrodzenie przysługujące pośrednikowi z tytułu wykonania tychże umów. Oznacza to również, iż pośrednik zyskuje prawo do żądania wynagrodzenia zarówno od sprzedającego jak i kupującego za wykonanie w dużym zakresie tych samych czynności (jedna czynność – dwa wynagrodzenia).

W ocenie opiniującego, należałoby dalej zwrócić jeszcze uwagę na różnicę zachodzącą pomiędzy nieodpłatnym świadczeniem usług pośrednictwa (co miałyby miejsce w przypadku, gdyby umowa zawierana przez pośrednika ze zlecającym pośrednictwo wprost określała, iż pośrednikowi nie przysługuje wynagrodzenie za jej wykonanie), a sytuacją, w której umowa przewiduje wynagrodzenie należne pośrednikowi, określa jednak albo,

że pośrednik zrzeka się dochodzenia takiego wynagrodzenia, albo iż jest ono płacone przez podmiot trzeci (w szczególności drugą stroną transakcji).

W każdym z opisanych wyżej przypadków spotykamy się jednak, w ocenie opiniującego z nieodpłatnym świadczeniem usług pośrednictwa, a zatem dokonaniem nieodpłatnego przysporzenia na rzecz osoby korzystającej z usługi pośrednictwa, czy to przez pośrednika, czy to nawet przez drugą stronę transakcji. W tym ostatnim wariantcie, takie przysporzenie musiałoby zresztą odbywać się w oparciu nie tylko o wiedzę, ale wręcz w oparciu o oświadczenie woli osoby przysparzającej (przykładowo: sprzedający, który godziłby się na działanie przez pośrednika także w interesie kupującego jako drugiej strony transakcji, musiałby równocześnie oświadczać, iż zobowiązuje się zapłacić prowizję należną pośrednikowi za wykonanie umowy o pośrednictwo zawartej przez pośrednika z kupującym; odwrotnie równocześnie w umowie o pośrednictwo zawartej przez pośrednika z kupującym ten ostatni winien oświadczyć, iż zgadza się na to, że prowizja do zapłaty której kupujący jest zobowiązany, zostanie zapłacona przez sprzedającego).

Wątpliwości dotyczące problemu odpłatności świadczenia pośrednika powstać mogą także w odniesieniu do powszechnie funkcjonujących w obrocie tzw. umów bezpośrednich, w których klient kupujący „formalnie” nie płaci prowizji swojemu pośrednikowi, jest ona jednak „zawarta” (wkalkulowana) w płaconej przez kupującego cenie sprzedawanych nieruchomości.

Zwrócić jednak należy uwagę, iż zapłata ceny jest świadczeniem spełnianym przez kupującego na rzecz sprzedającego i dla kupującego nie ma znaczenia, jakie dalsze rozporządzenia tą ceną i na czyją rzecz są dokonywane przez sprzedającego.

Opiniującemu, oceniającemu sprawę z punktu widzenia przepisów prawa cywilnego, trudno więc zaakceptować twierdzenie, iż w przypadku wskazanych wyżej „umów bezpośrednich” usługa pośrednictwa świadczona przez pośrednika na rzecz kupującego ma charakter odpłatny. (Poglądu takiego można by bronić jedynie w przypadku, gdyby umowa pośrednictwa zawarta pomiędzy pośrednikiem a kupującym ustalając wysokość prowizji przewidywała równocześnie, że prowizja ta zostanie zapłacona przez kupującego sprzedającemu w ramach ceny nieruchomości celem dalszego jej rozliczenia przez sprzedającego i pośrednika).

Jakkolwiek w przypadku umów bezpośrednich de facto koszty prowizji ponosi kupujący, to z prawnego (cywilistycznego) punktu widzenia świadczenie zapłaty prowizji dokonywane jest przez sprzedającego. Tylko zatem w ujęciu czysto faktycznym usługa pośrednictwa świadczona przez pośrednika na rzecz kupującego jest objęta wynagrodzeniem (które co prawda pokrywa sprzedający, ale pokrywa je ze świadczenia pieniężnego otrzymanego właśnie od drugiej strony transakcji); brak natomiast prawnej podstawy do kwalifikowania jej jako usługi odpłatnej.

Reasumując powyższą część rozważań stwierdzić należy, że:

- 1) świadczenie przez pośrednika usług pośrednictwa na rzecz obu stron transakcji wymaga zgody każdej ze stron na takie „obustronne” działanie pośrednika;
- 2) pośrednik w obrocie nieruchomościami świadcząc usługi pośrednictwa na rzecz obu stron transakcji jest zobowiązany do zawarcia z każdą z nich umowy o pośrednictwo, odpowiadającej wymogom określonym w art. 180 ust.3 ugn.; pośrednik nie może więc świadczyć usług na rzecz jednej ze stron transakcji, jeżeli nie zawarł z takim podmiotem umowy o pośrednictwo (to jest gdy nie zawarł żadnej umowy lub zawarł umowę inną niż zdefiniowana w art. 180 ust.3 ugn)
- 3) świadczenie usług na rzecz obu stron na podstawie umów o pośrednictwo winno odbywać się za wynagrodzeniem określonym w każdej z takich umów, nawet jeżeli pośrednik jednocześnie wykonuje tą samą usługę na rzecz każdej ze stron; pośrednik nie może zatem świadczyć usług na rzecz którejkolwiek ze stron transakcji nieodpłatnie.
- 4) nie można wykluczyć możliwości zrzeczenia się przez pośrednika prawa dochodzenia zapłaty prowizji od jednej ze stron transakcji (co nie jest równoznaczne ze zrzeczeniem się samego prawa do prowizji), w szczególności ze względu na fakt, iż prowizja zostanie zapłacona przez drugą stronę - konstrukcja taka wymaga jednak zgodnego oświadczenia wszystkich zainteresowanych podmiotów, to jest każdej ze stron transakcji jak i samego pośrednika.