

## **V. REKLAMOWANIE USŁUG POŚREDNICTWA JAKO WOLNYCH OD OBOWIĄZKU ZAPŁATY PROWIZJI.**

Jak wskazano na wstępie, podstawowym zadaniem niniejszej opinii jest ocena dopuszczalności reklamowania przez pośredników świadczonych przez nich usług jako wolnych od prowizji. Potrzeba dokonania takiej oceny pojawiła się wraz z kampaniami reklamowymi prowadzonymi przez niektórych pośredników („Metrohouse”, „Partnerzy”). W kampaniach tych posłużono się hasłami: „Rewolucja 0%”, „Nie płać za coś co u nas masz za darmo”, „Klient kupujący nie płaci prowizji” itp.

### **5.1. Standardy zawodowe pośredników**

Jak wiadomo, pośrednicy w obrocie nieruchomościami są zobowiązani 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. Nie sposób więc rozpatrywać dopuszczalności reklamowania usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia, bez przeanalizowania odpowiednich postanowień standardów zawodowych i zawartych w nich zasad etyki zawodowej.

Zgodnie z przedstawionym opiniującemu jako aktualny tekstem Standardów Zawodowych, pośrednikowi nie wolno oferować usług pośrednictwa poniżej kosztów ich świadczenia lub przedstawiając je jako wolne od wynagrodzenia (§25). (Standardy Zawodowe w brzmieniu ustalonym Komunikatem Ministra Infrastruktury z 28 kwietnia 2005 roku w §24 stanowiły nieco odmiennie, że pośrednikowi nie wolno oferować usług pośrednictwa przedstawiając je jako wolne od wynagrodzenia, co nie wyklucza pobierania wynagrodzenia wyłącznie od jednej strony transakcji).

Ogłoszenia o pobieraniu wynagrodzenia wyłącznie od jednej strony transakcji opatruje się natomiast wyjaśnieniem, która ze stron pokrywa wynagrodzenie pośrednika (§26).

Zgodnie z powyższym, reklamowanie usługi pośrednictwa jako usługi wolnej od prowizji jest wprost zabronione.

Dopuszczalność (przewidziana Standardami Zawodowymi) pobierania wynagrodzenia wyłącznie od jednej strony transakcji (kupującego) nie oznacza tym samym możliwości reklamowania usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia.

## **VI. ANALIZA TREŚCI WYBRANYCH HASEŁ REKLAMOWYCH STOSOWANYCH PRZEZ POŚREDNIKÓW W KONTEKŚCIE ZAKAZU OFEROWANIA USŁUG POŚREDNICTWA JAKO WOLNYCH OD WYNAGRODZENIA.**

Ustalenie istnienia zasady, wyrażonej postanowieniami Standardów Zawodowych, zgodnie z którą oferowanie usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia jest zakazane, nie musi oznaczać automatycznie, że używane przez niektórych pośredników hasła reklamowe, cytowane na wstępie niniejszej opinii, zasadę taką naruszają.

Niezbędne jest, w ocenie opiniującego, dokładne przyjrzenie się poszczególnym rodzajom stosowanych ogłoszeń i kampanii reklamowych oraz skonfrontowanie ich treści z rzeczywistym zakresem „oferty” oraz z zakresem czynności, jakie w związku z takimi ogłoszeniami są przez konkretnych pośredników podejmowane.

Kwestią zasadniczą jest ocena, czy w danym wypadku pośrednicy prowadzący kampanię informacyjną czy reklamową, faktycznie oferują odbiorcom takiej reklamy świadczenie na rzecz usług pośrednictwa, czy też jedynie prowadzą swoją reklamę świadcząc w ten sposób usługi pośredniczenia na rzecz już pozyskanych klientów (w tym wypadku głównie sprzedających).

Bezspornym winno bowiem pozostawać, iż reklamowanie sprzedaży, wynajmu lub innego obrotu nieruchomościami, co do których pośrednik zawarł uprzednio umowy pośrednictwa z ich sprzedającymi wchodzić będzie w zakres czynności pośredniczenia, do wykonywania których pośrednik zobowiązał się w umowie o pośrednictwo zawartej ze sprzedającym.

Pytanie dotyczy zatem tego, czy hasła reklamowe typu „Nie płać za coś co u nas możesz mieć za darmo”, „U nas klient kupujący nie płaci prowizji” , „Codziennie nowe oferty bez prowizji” , „Partnerzy nie biorą” służą oferowaniu usług pośrednictwa (a zatem ich celem jest postrzeganie przez pośrednika odbiorców takiej reklamy jako potencjalnych klientów kupujących zlecających usługę pośrednictwa), czy jedynie służą wyszukaniu kontrahenta dla aktualnych klientów danego pośrednika (a zatem służą wyłącznie wykonaniu przez pośredników raz już zawartych umów).

W tym drugim przypadku, postawienie zarzutu o niedozwolonym oferowaniu usług pośrednictwa wolnych od wynagrodzenia, byłoby jak się wydaje mało uzasadnione. W szczególności trudno byłoby bronić twierdzenia o naruszeniu Standardów Zawodowych w sytuacji, w której pomiędzy pośrednikiem a kupującym nie powstawałby w konsekwencji żaden stosunek kontraktowy (to jest po stronie pośrednika nie powstawałoby żadne zobowiązanie do świadczenia usług pośrednictwa także na rzecz takiego kupującego).

W ocenie opiniującego jednakże już sama analiza językowa treści zawartych w cytowanych wyżej ogłoszeniach skłania raczej do przyjęcia poglądu, iż ogłoszenia te klasyfikowane być powinny właśnie jako „oferowanie usług pośrednictwa”.

Przykładowo sformułowanie: „u nas klient kupujący nie płaci prowizji” wyraźnie sugeruje, iż pośrednik zamieszczający taki tekst oferuje potencjalnemu odbiorcy nie tylko nabycie określonej (określonych) nieruchomości, lecz również i to, że będzie na rzecz takiego podmiotu świadczył usługę. Inaczej nie nazywałby przecież takiego odbiorcy „klientem” (a nawet „klientem u nas”). Nie sugerowałby też, iż inaczej niż „u nas” inni pośrednicy wymagali by od takiego klienta zapłaty prowizji. Wreszcie skoro padają tu słowa o „płaceniu prowizji” to trzeba podkreślić, iż prowizja należy się pośrednikowi tylko w zamian za świadczone usługi. Gdyby dany pośrednik nie oferował odbiorcy treści reklamowych zawartych w tym ogłoszeniu, świadczenia na jego rzecz usług pośrednictwa, a jedynie oferował do sprzedaży (na korzystnych warunkach) nieruchomość, to przecież prawo do prowizji w ogóle dla pośrednika by nie powstawało. Bezprzedmiotowe byłoby więc mówienie w takiej sytuacji o niepłaceniu prowizji, skoro prowizja taka w ogóle by pośrednikowi nie przysługiwała.

Potwierdzenia powyższej, przyjętej przez opiniującego interpretacji stosowanych haseł reklamowych, zgodnie z którą mamy tu do czynienia z „oferowaniem usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia”, poszukiwać należałoby w rzeczywistych praktykach stosowanych przez pośredników wobec „klientów” pozyskanych w ramach tego typu kampanii promocyjnych.

Chodzi głównie o ustalenie, czy pośrednik faktycznie podejmuje się świadczenia usług pośrednictwa z pozyskanymi w ten sposób klientami na ich rzecz, a dalej czy zawiera z nimi umowy o pośrednictwo odpowiadające wymogom określonym w art. 180 par. 3 ugn. Konsekwencja zawarcia takiej umowy jest między innymi przyjęcie przez pośrednika odpowiedzialności za jej należyte wykonanie, odpowiedzialności cywilnej podlegającej obowiązkowemu ubezpieczeniu.

Co do stanu faktycznego w tym zakresie opiniujący nie posiada pełnej wiedzy i zakłada, że mogą tu występować różne sytuacje.

Jeżeli jednak pośrednik podejmuje się świadczenia na rzecz podmiotów pozyskanych w drodze omawianych tu kampanii reklamowych świadczenia usług pośrednictwa, to tym samym potwierdza, iż „oferta” zawarta w reklamie nie jest li tylko ofertą sprzedaży lub innego obrotu nieruchomościami, czynioną wyłącznie w wykonaniu umowy o pośrednictwo zawartej przez siebie z kupującym, lecz jest również oferowaniem potencjalnym kupującym usługi pośrednictwa. Zawarcie w takiej sytuacji przez pośrednika umowy pośrednictwa z kupującym oczywiście będzie dowodzić w sposób bezsporny, że pośrednik czynności pośredniczenia podjął (kwestią odrębną będzie tu ocena takiej umowy w kontekście jej ewentualnej nieodpłatności; problem zasygnalizowany w pkt. III niniejszej opinii).

Podjęcie faktyczne przez pośrednika czynności pośredniczenia na rzecz kupującego, bez zawarcia z nim umowy pośrednictwa odpowiadającej wymogom art. 180 par.3 ugn. będzie z kolei stanowiło naruszenie zarówno powołanego przepisu art. 180 ugn. jak również par. 17 Standardów Zawodowych.

W ocenie opiniującego, charakter niektórych z ocenianych reklam jako reklam promujących usługi pośrednictwa jako wolne od wynagrodzenia, potwierdzony zostaje przez same podmioty (pośredników) korzystające z tego typu kampanii.

Przykładowo zestawienie treści cytowanej już wyżej reklamy „Partnerzy ... nie biorą. 0% prowizji od klienta kupującego” oraz treści rozpowszechnianego przez tego samego pośrednika ogłoszenia dotyczącego tzw. certyfikatu mieszkaniowego (strona <http://www.partnerzy.pl/354/certyfikat> mieszkaniowy) w sposób nie pozostawiający wątpliwości pokazuje, iż reklamująca się firma oferuje potencjalnym kupującym usługi pośredniczenia w pełnym zakresie (certyfikat) a przy tym wolne od wynagrodzenia (ogłoszenie).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, opiniujący dochodzi do ustalenia, iż opisywane wyżej sposoby prowadzenia reklamy mogą naruszać zasady określone par. 25 Standardów Zawodowych (par. 24 w brzmieniu Standardów z 2005 roku), zawierają bowiem w swej treści oferowanie usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia.

Niezależnie od powyższego dopatrzeć się można w prowadzeniu tego typu kampanii promocyjnej naruszenia także innych zasad etyki zawodowej wynikających z przyjętych Standardów Zawodowych. Pośrednik powinien w szczególności zapewnić, aby relacje z innymi pośrednikami były oparte na zasadach uczciwej konkurencji, lojalności i szacunku (§10). Niektóre sformułowania użyte w kampaniach reklamowych przez pośredników w obrocie nieruchomościami oferujących usługi wolne od wynagrodzenia („nie płać za coś co u nas możesz mieć za darmo”) świadczą o prowadzeniu negatywnych kampanii reklamowych i są pogwałceniem powołanych wyżej zasad uczciwej konkurencji, lojalności i szacunku.

W związku z powyższym wobec pośredników naruszających zasady wykonywania czynności pośrednictwa wynikające z przepisów prawa i standardów zawodowych istnieje możliwość wszczęcia postępowań w ramach odpowiedzialności zawodowej zgodnie z przepisem art. 183 par. 1 ugn i w przypadku potwierdzenia zarzutów – orzeczenie kar dyscyplinarnych przewidzianych w art. 183 par. 2 ugn.

## **VII. PROBLEM OFEROWANIA USŁUG POŚREDNICTWA JAKO WOLNYCH OD WYNAGRODZENIA W KONTEKŚCIE PRZEPISÓW DOTYCZĄCYCH ZWALCZANIA NIEUCZCIWEJ KONKURENCJI.**

Problem świadczenia i reklamowania usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia wymaga także przeanalizowania w aspekcie obowiązujących przepisów dotyczących zwalczania nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z brzmieniem ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust.1). Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności (...) nieuczciwa lub zakazana reklama (...), „

Dalej przepis art.16 ustawy wyjaśnia, iż czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności:

- 1) reklama sprzeczna z przepisami prawa , dobrymi obyczajami (...)
- 2) reklama wprowadzająca klienta w błąd i mogąca przez to wpłynąć na jego decyzję co do nabycia towaru lub usługi (...).

Samo świadczenie przez pośrednika usług pośrednictwa w obrocie nieruchomościami bez wynagrodzenia nie stanowi zasadniczego przedmiotu niniejszej opinii. Odpowiednie uwagi w tym zakresie poczynione zostały w punkcie III powyżej.

W ocenie opiniującego, świadczenie usług pośredniczenia nieodpłatnie mogłoby w związku z tym zostać uznane – jako działanie sprzeczne z prawem (narusza przepis art. 180 par. 4 ugn.) - za czyn nieuczciwej konkurencji. W szczególności działanie takie zagraża interesom pośredników wykonujących działalność zawodową zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Ocena samego reklamowania usług pośrednictwa jako usług wolnych od wynagrodzenia pod kątem przepisów o nieuczciwej konkurencji jest kwestią bardziej złożoną.

Zarzuty mogą iść tutaj w dwóch kierunkach.

Po pierwsze, zarzut stosowania reklamy zakazanej, sprzecznej z przepisami prawa (art. 3 ust. 2 i art. 16 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji).

Zarzut ten opiera się na przyjęciu założenia o niedopuszczalności reklamowania usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia; zakaz wynikający z postanowień par. 25 Standardów Zawodowych (par. 24 Standardów z 2005 roku) w zw. z art. 181 ust. 1 ugn. („Pośrednik w obrocie nieruchomościami jest zobowiązany do wykonywania czynności (...) zgodnie z zasadami wynikającymi z przepisów prawa i standardami zawodowymi (...)).

Po drugie, zarzut stosowania reklamy wprowadzającej w błąd (art.3 ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji). W tym wypadku kwestia staje się bardziej skomplikowana.

Należy bowiem na wstępie określić, czy przedmiotowa reklama jest zgodna ze stanem faktycznym (to jest w szczególności, czy usługi pośrednictwa oferowane jako bezpłatne, są takimi w rzeczywistości), czy też wprowadza klienta w błąd (usługi reklamowane jako bezpłatne są w rzeczywistości świadczone za odpowiednim „ukrytym” wynagrodzeniem).

Zakładając, że reklama przedstawia ofertę zgodną ze stanem faktycznym, tj. że reklamujący się pośrednik rzeczywiście świadczy usługę pośrednictwa bez pobierania z tego tytułu prowizji, mamy co prawda do czynienia z reklamą działań, które same są sprzeczne z prawem (zarzut pierwszy), jednakże reklama ta nie wprowadza odbiorcy w błąd.

Jeżeli natomiast pośrednik reklamując usługi wolne od prowizji, świadczy takie usługi odpłatnie to rzeczywiście mamy do czynienia z wprowadzeniem odbiorców reklamy w błąd – co uzasadnia twierdzenie o czynie nieuczciwej konkurencji, którego przesłanki opisane zostały w art. 16 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Problem „ukrytej prowizji” jawi się tutaj głównie w kontekście opisywanych wyżej tzw. umów bezpośrednich, gdzie de facto należna pośrednikowi prowizja „ukryta” zostaje w cenie sprzedaży oferowanej nieruchomości, płaconej przez kupującego. Opiniujący zwraca jednak uwagę, iż w ujęciu prawnym, cywilistycznym, kwota prowizji uwzględniona zostaje w cenie, którą kupujący płaci sprzedającemu. Pośrednikowi nie przysługuje tu żadne roszczenie o zapłatę prowizji, które to roszczenie mogłoby zostać skierowane wobec kupującego. (Rozliczenie następuje na linii sprzedający – pośrednik). Wobec rozbieżności pomiędzy stanem faktycznym (obciążenie prowizją kupującego) i stanem prawnym (obciążony prawnym obowiązkiem zapłaty prowizji jest sprzedający) ocena tego, czy

reklama, wedle której kupujący prowizji nie płaci, może wprowadzać swojego odbiorcę w błąd, staje się niejednoznaczna. Stanie się tak, jeżeli jako kryterium decydujące przyjmiemy stan faktyczny; o błędzie nie będzie natomiast można mówić, jeżeli odwołamy się do stanu prawnego.

Konkludując, reklamowanie usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia jako sprzeczne z zakazem wynikającym z Standardów Zawodowych, do których odwołuje się także w art. 181 ust.1 ustawa o gospodarce nieruchomościami może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji.

Zakładając natomiast dodatkowo, (kwestii tej jednak opiniujący nie rozstrzyga w sposób definitywny) że świadczenie usług pośrednictwa nie jest – wbrew treści reklamy - bezpłatne, tylko prowizja należna pośrednikowi formalnie płacona przez sprzedającego, faktycznie obciąża kupującego (jest ona uwzględniana przez sprzedającego przy określaniu ceny nieruchomości i powiększa tą cenę)), należałoby uznać, że reklamowanie usług pośrednictwa jako wolnych od wynagrodzenia jest w takim wypadku także świadomym wprowadzaniem klienta w błąd i może przez to wpłynąć na decyzję nabycia usługi reklamowanej w sposób nieuczciwy.

Należy wskazać, że zleceniodawca niniejszej opinii (Stowarzyszenie Pomorskie Pośredników w Obrocie Nieruchomościami, w skrócie SPPON), na podstawie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji może wystąpić z następującymi roszczeniami wobec pośrednika dopuszczającego się nieuczciwej konkurencji:

- zaniechania niedozwolonych działań,
- usunięcia skutków niedozwolonych działań,
- złożenia jednokrotnego lub wielokrotnego oświadczenia odpowiedniej treści i w odpowiedniej formie,
- naprawienia wyrządzonej szkody na zasadach ogólnych
- wydania bezpodstawnie uzyskanych korzyści, na zasadach ogólnych
- zasądzenia odpowiedniej sumy pieniężnej na określony cel społeczny związany ze wspieraniem kultury polskiej lub ochroną dziedzictwa narodowego – jeżeli czyn nieuczciwej konkurencji był zawiniony (art. 18).

Praktycznie w grę wchodzić będzie tu przede wszystkim wystąpienie z żądaniem zaniechania niedozwolonych działań.

Zgodnie z art. 19 ustawy, ze wskazanymi roszczeniami może wystąpić m.in. krajowa lub regionalna organizacja, której celem statutowym jest ochrona interesów przedsiębiorców, natomiast zgodnie z § 5 pkt 6 Statutu Stowarzyszenia Pomorskiego Pośredników w Obrocie Nieruchomościami, celem stowarzyszenia jest „ochrona i reprezentowanie interesów grupy zawodowej pośredników w obrocie nieruchomościami (...)”.

Roszczenia z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji ulegają przedawnieniu z upływem lat 3, bieg przedawnienia rozpoczyna się zaś oddzielnie co do każdego naruszenia (art. 20 ustawy).

## **VIII. ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNOPRAWNA POŚREDNIKÓW ŚWIADCZĄCYCH POŚREDNICTWA WOLNE OD WYNAGRODZENIA – UBEZPIECZENIE TEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI.**

Zgodnie z art. 181 ust. 3 ugn., pośrednik podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu od odpowiedzialności cywilnej. Szczegółowy zakres ubezpieczenia określa Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 21 września 2004 roku w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej pośrednika w obrocie nieruchomościami, (DZ.U. nr 207 poz. 2113) wydane na podstawie art. 181 ust. 4 ugn.

Zgodnie z tekstem rozporządzenia, ubezpieczeniem OC objęta jest odpowiedzialność cywilna pośrednika w obrocie nieruchomościami za szkody wyrządzone w następstwie działania lub zaniechania ubezpieczonego, w okresie trwania ochrony ubezpieczeniowej, w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa (par. 2.1.). Zakres ochrony ubezpieczeniowej został więc ujęty szeroko, przewidując ubezpieczenie odpowiedzialności za szkody powstałe „w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa”, tj. czynności, o których mowa w art. 180 ust. 1 i 1a ugn. (czynności zmierzające do zawarcia przez inne osoby określonych umów, wykonywania opracowań i ekspertyz oraz doradztwa w zakresie rynku nieruchomości ).

Oświadczenie o posiadanym ubezpieczeniu odpowiedzialności cywilnej za szkody wyrządzone w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa w obrocie nieruchomościami powinno być zawarte w umowie o pośrednictwo (art.180 ust.4 ugn).

Objęcie pośredników obowiązkowym ubezpieczeniem OC uzasadnione jest ze względu na specyfikę wykonywanych przez nich czynności oraz podwyższone ryzyko powstania szkody (istotnej szkody materialnej) po stronie osób trzecich w przypadku, gdyby takie czynności pośrednictwa wykonywane były w sposób nienależyty.

Obowiązkowe ubezpieczenie ma więc tutaj za cel nie tyle ochronę samych pośredników, co ochronę ich klientów oraz osób trzecich, którym w ten sposób zapewnia się prawo dochodzenia ewentualnych odszkodowań za szkody wyrządzone działaniem pośredników bezpośrednio od ubezpieczyciela (odpowiedzialność pośrednika i ubezpieczyciela jest tzw. odpowiedzialnością in solidum co oznacza, że poszkodowany może dochodzić naprawienia szkody według własnego wyboru zarówno od jej bezpośredniego sprawcy – pośrednika jak i od ubezpieczyciela).

Obowiązkowe ubezpieczenie OC obejmuje wszystkie szkody wyrządzone w następstwie działania lub zaniechania ubezpieczonego, w okresie trwania ochrony ubezpieczeniowej, w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa.

Odpowiedzialność cywilna obejmuje więc w szczególności ewentualne przyszłe szkody wyrządzone klientom poprzez pośredników w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem czynności pośrednictwa, do wykonania których pośrednik zobowiązał się na podstawie umowy o pośrednictwo lub do wykonania których jest zobowiązany ustawowo (odpowiedzialność kontraktowa).

Ubezpieczeniu podlega także odpowiedzialność deliktowa (z tytułu czynu niedozwolonego) za szkodę wyrządzoną przez pośrednika w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa zarówno klientowi jak i osobom trzecim, chociażby nie pozostającym w żadnym stosunku kontraktowym z pośrednikiem.

Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej pośredników i prawo poszkodowanego do poszukiwania odszkodowania ubezpieczeniowego od ubezpieczyciela nie jest zależne od

tego, czy pośrednik wykonuje czynności pośrednictwa w sposób całkowicie zgodny z obowiązującymi regulacjami, czy też dopuszcza się przy tym ewentualnych naruszeń obowiązujących przepisów prawnych lub Standardów Zawodowych.

W ocenie opiniującego, okoliczność, iż pośrednik świadczy na rzecz klienta usługi w sposób nieodpłatny (faktycznie) lub ukrywa odpłatność tych usług kalkulując prowizję w cenie sprzedaży (lub w jakikolwiek inny sposób) nie powinna mieć żadnego wpływu na odpowiedzialność takiego pośrednika wobec ewentualnie poszkodowanego (co więcej, w przypadku stwierdzenia, iż pośrednik przy wykonywaniu swoich czynności naruszył prawo – podstawę jego bezpośredniej odpowiedzialności mogą stanowić zarówno przepisy o odpowiedzialności kontraktowej jak i deliktowej).

Zwrócić także należy uwagę, iż zakres ubezpieczenia obowiązkowego OC został w omawianym rozporządzeniu określony szeroko – mówi się tutaj bowiem o „szkodach wyrządzonych w związku z wykonywaniem czynności pośrednictwa”, a nie tylko o szkodach wyrządzonych wykonywaniem czynności pośrednictwa.

Zwolnienie pośrednika z odpowiedzialności cywilnoprawnej, w zakresie podlegającym obowiązkowemu ubezpieczeniu OC, mogłoby mieć miejsce jedynie w przypadku wykazania, iż szkoda nastąpiła bez związku z wykonywaniem przez niego czynności pośrednictwa (szkoda pozostaje w związku z innymi „poza zawodowymi” czynnościami dokonywanymi przez pośrednika). Odpowiedzialność odszkodowawcza pośrednika istnieje więc także w przypadku hipotetycznego świadczenia przez pośrednika na rzecz określonego podmiotu usług „bezumownie” (bez zawierania formalnej umowy o pośrednictwo), byleby tylko usługi takie faktycznie mieściły się w zakresie określonym w art. 180 ust.1 i 1a ugn., zwłaszcza że w takim wypadku pojawia się deliktowa podstawa tej odpowiedzialności.

## **IX. ASPEKTY PODATKOWE DOTYCZĄCE ŚWIADCZENIA USŁUG POŚREDNICTWA**

Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, opodatkowaniu podlega odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju. Przez odpłatne

świadczenie usług rozumie się natomiast każde odpłatne świadczenie na rzecz osoby fizycznej, osoby prawnej lub jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, które nie stanowi dostawy towarów (art. 8).

Opodatkowanie usług następuje niezależnie od tego, czy czynności podlegające opodatkowaniu zostały wykonane z zachowaniem warunków oraz form określonych przepisami prawa, czy też nie.

W rozumieniu ustawy, usługą jest każde świadczenie wykonywane w ramach działalności gospodarczej, które nie jest dostawą towarów. Świadczenie usług podlega opodatkowaniu jednak tylko wówczas, gdy wykonywane jest odpłatnie, tj. za wynagrodzeniem. Pomiedzy wykonaną usługą a otrzymaną zapłatą powinien istnieć bezpośredni związek przyczynowy, otrzymana zapłata powinna być konsekwencją wykonania świadczenia, wynagrodzenie zaś musi być należne za wykonanie tego świadczenia.

Tak więc wszelkie nieodpłatne usługi świadczone przez podatnika w ramach jego przedsiębiorstwa i na cele związane z prowadzonym przedsiębiorstwem nie powinny podlegać opodatkowaniu. Zgodnie z powyższym, czynności, które zostały podjęte na podstawie umowy zakładającej ich wykonanie bez żadnego wynagrodzenia nie mogą podlegać opodatkowaniu (z pewnymi zastrzeżeniami dotyczącymi usług nieodpłatnych zrównanych z usługami świadczonymi odpłatnie, które jednak nie mają zastosowania w przypadkach poddanych analizie w niniejszej opinii). Oznacza to, że klient od którego pośrednik nie pobiera swojej prowizji nie ponosi kosztów z tytułu podatku VAT.

Dla potrzeb niniejszej opinii zwrócić jednak należy uwagę, że w doktrynie prawa podatkowego pojawił się pogląd, iż nie można utożsamiać usług nieodpłatnych z usługami wykonanymi bez pobrania należności. Pobranie ma charakter czynności technicznej i związane jest z odebraniem należności; natomiast nie przesądza o nieodpłatnym charakterze danej czynności.

Jak wskazano w pkt. III niniejszej opinii świadczenie usług pośrednictwa powinno odbywać się na podstawie odpłatnej umowy o pośrednictwo. Świadczenie przez pośrednika usług bez ekwiwalentu (nieodpłatnie) narusza zasady określone w art. 180 ust. 4 ugn.

Kolejną kwestią jest ustalenie, czy bezpłatne świadczenie usług pośrednictwa nie będzie uznane za darowiznę i nie będzie obciążało klienta podatkiem od spadków i darowizn. Zgodnie z art. 888 k.c., przez umowę darowizny darczyńca zobowiązuje się do bezpłatnego świadczenia na rzecz obdarowanego kosztem swego majątku. Zawarcie umowy o pośrednictwo bez wynagrodzenia zdaje się spełniać przesłanki zawarte we wskazanym art., mamy bowiem do czynienia ze zobowiązaniem się do bezpłatnego świadczenia kosztem należnego pośrednikowi wynagrodzenia. Jest jednak ogólnie przyjęte, że umowy darowizny odnoszą się do sytuacji jednorazowych zobowiązań się do jednorazowych świadczeń. Jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, za darowiznę trudno więc uznać nieodpłatne świadczenie usług przez pewien okres. Pośrednictwo bez wynagrodzenia nie będzie zatem uznane za darowiznę i nie będzie pociągało za sobą skutków podatkowych przewidzianych dla darowizn.

Należy jednak zaznaczyć, że otrzymanie świadczenia nieodpłatnego będzie się wiązało z powstaniem po stronie klienta przychodu, podlegającego opodatkowaniu podatkiem dochodowym. W związku z powyższym, w zależności od tego czy klient korzystający z usług pośrednika bez wynagrodzenia jest podatnikiem w rozumieniu ustawy o podatku dochodowym od osób fizycznych czy ustawy o podatku dochodowym od osób prawnych zastosowanie będą miały odpowiednio następujące przepisy.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, przychodami są otrzymane lub pozostawione do dyspozycji podatnika w roku kalendarzowym pieniądze i wartości pieniężne oraz wartość otrzymanych świadczeń w naturze i innych nieodpłatnych świadczeń. Wartość pieniężną świadczeń nieodpłatnych, jeżeli przedmiotem świadczenia są usługi wchodzące w zakres działalności gospodarczej dokonującego świadczenia, ustala się według cen stosowanych wobec innych odbiorców (art. 11 ust. 2a pkt 1).

Zgodnie natomiast z art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, przychodem jest w szczególności wartość otrzymanych nieodpłatnie lub częściowo odpłatnie rzeczy lub praw, a także wartość innych nieodpłatnych lub częściowo odpłatnych świadczeń. Wartość tych świadczeń, jeżeli ich przedmiotem są usługi wchodzące w zakres działalności gospodarczej dokonującego świadczenia, ustala się według cen stosowanych wobec innych odbiorców (art. 12 ust. 6 pkt 1).

Na podstawie wskazanych wyżej przepisów należy stwierdzić, że wartość uzyskanej przez klienta bezpłatnie usługi pośrednictwa stanowi jego przychód, i jako taki podlega opodatkowaniu podatkiem dochodowym. Przychodem klienta jest więc należna a niezapłacona pośrednikowi prowizja. Korzystając więc z usług pośrednictwa bez wynagrodzenia, należy uwzględnić wartość tej usługi jako zdarzenia powodującego powstanie obowiązku podatkowego po stronie klienta.

radca prawny

dr Andrzej Burzak