

Komentarz prawny

Nowa ustawa deweloperska

Pierwszy lipca, a zatem formalnie początek obowiązywania nowej ustawy deweloperskiej („Ustawa”) nadchodzi wielkimi krokami. Niniejszym, trzecim artykułem dotyczącym Ustawy, kończymy serię komentarzy jej poświęconej. Skupimy się na funkcji i kompetencji banku w układzie uczestników przedsięwzięcia deweloperskiego tzn. deweloper – nabywca – bank, a także przedstawimy wnioski końcowe.

Na wstępie warto jeszcze zwrócić uwagę na rozróżnienie stosowane w Ustawie, a mianowicie podział wszelkich przedsięwzięć związanych z nieruchomościami na zadanie inwestycyjne („Zadanie”) albo przedsięwzięcie deweloperskie („Przedsięwzięcie”). Zadanie jest pojęciowo węższe, ponieważ obejmuje część Przedsięwzięcia, odnosi się albo do wyodrębnionego budynku, albo do grupy budynków tworzących całość architektonicznie – budowlaną, które mają zostać oddane do użytku w tym samym czasie. Natomiast Przedsięwzięcie jest oznaczeniem czynności podejmowanych przez dewelopera celem wejścia w prawa przez nabywcę, wynikające z Umowy¹, w szczególności są to czynności faktyczne i prawne zmierzające do budowy albo przebudowy nieruchomości. Tym samym, w ramach Przedsięwzięcia deweloper może wyodrębnić dwa lub więcej Zadań.

¹ umowa to nie tylko umowa deweloperska. W artykule drugim, opublikowanym w poprzednim numerze miesięcznika PMR Construction Insight: Poland, znajdziesz wyjaśnienie tego skrótu.

I – Prowadzenie rachunków powierniczych przez bank

Bank prowadzący mieszkaniowy rachunek powierniczy („RP”), zarówno zamknięty („ZRP”) jak otwarty („ORP”) ewidencjonuje wpłaty i wypłaty odrębnie dla każdego nabywcy, a na żądanie nabywcy podaje szczegółowe informacje dotyczące wpłat i wypłat dokonanych w wykonaniu Umowy, której stroną jest nabywca występujący z żądaniem udzielenia informacji o dacie oraz kwotach. Deweloper będzie miał obowiązek utrzymywania RP do dnia, w którym zostaną przeniesione prawa z ostatniej Umowy zawartej dla Przedsięwzięcia albo Zadania. Ustawodawca przewidział inne terminy wypłat dla dewelopera. W przypadku ZRP bank wypłaci deweloperowi środki wpłacone przez nabywcę po otrzymaniu wypisu aktu notarialnego umowy przenoszącej na nabywcę prawa wynikające z Umowy. W przypadku ORP bank wypłaca poszczególne kwoty w terminie nie dłuższym niż 30 dni od stwierdzenia przez niego zakończenia danego etapu Przedsięwzięcia albo Zadania. Ostatnia płatność na rzecz dewelopera ze strony banku będzie miała miejsce po otrzymaniu przez bank wypisu aktu notarialnego przenoszącego na nabywcę prawa z Umowy. Rozwiązanie to znajduje swoje uzasadnienie w tym, że deweloper ma motywację do jak najszybszego przeniesienia ww. praw na rzecz nabywcy. Jednakże wskazać należy, że opóźnienia w tym zakresie często wynikają z przyczyn nie leżących po stronie deweloperów.

II – Wypowiedzenie rachunku powierniczego przez bank

Co ważne, przepisy nowej ustawy stanowią, że prawo do wypowiedzenia RP przysługuje wyłącznie bankowi, który może go wypowiedzieć jedynie z ważnych powodów. Okres wypowiedzenia nie może wynosić więcej niż 60 dni, a na banku spoczywa obowiązek poinformowania nabywcy, w terminie 10 dni od dokonania wypowiedzenia, pisemnie lub ona trwałym nośniku np. płyta CD, pendrive o dokonanym wypowiedzeniu. Równocześnie powyższe pociąga za sobą obowiązek dewelopera, z terminem 60 dniowym, zawarcia nowej umowy RP. Środki zgromadzone na „wypowiadającym” rachunku zostaną przelane przez bank wypowiadający na nowy rachunek po uprzednim okazaniu przez dewelopera specjalnego oświadczenia nowego banku o tym, że nowy rachunek jest RP zgodnie z przepisami Ustawy.

III – Bank jako podmiot kontrolujący dewelopera

Przed dokonaniem wypłaty środków na rzecz dewelopera z RP bank będzie zobowiązany do dokonania kontroli rzeczywistego stanu Przedsięwzięcia albo Zadania, co obejmuje uprawnienie banku do wglądu tak do rachunków bankowych dewelopera, jak i dokumentacji (bez zawężeń do np. dokumentacji księgowej albo finansowej) powiązanej z danym Przedsięwzięciem albo Zadaniem. Zatem bank będzie zobowiązany do weryfikacji m.in. czy deweloper nie zalega z podatkami i składkami na ZUS, czy uregulował wymagalne i bezsporne zobowiązania pieniężne wobec wykonawców i podwykonawców, czy dokonał wpłaty należnej składki na Fundusz. Wszelkie koszty tych kontroli ma ponosić deweloper – co również dodatkowo, obok innych proponowanych zmian, przełożyć się może na zwiększenie kosztów inwestycji, a te konsekwentnie przełożą się na wzrost cen mieszkań.

IV – Upadłość banku – operatora RM. Bankowy Fundusz Gwarancyjny

W przypadku złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości banku, będącego stroną umowy RP, Umowa pozostaje ważna. Na deweloperze spoczywa obowiązek, w terminie 30 dni, zawarcia umowy o RP z nowym bankiem i przekazanie informacji o powyższym, w terminie 10 dni, nabywcy. Oczywiście deweloper ma również obowiązek zgłoszenia wiarygodności nabywcy wobec banku o wypłatę zgromadzonych kwot na RP w postępowaniu upadłościowym. Należności nabywcy od banku zostaną wypłacone przez Bankowy Fundusz Gwarancyjny („BFG”). Co istotne, środki zgromadzone przez nabywcę na RP sprzed upadłości objęte są limitem gwarancyjnym do wysokości 100.000,00 euro. Dla porównania, w przypadku Funduszu, nie występuje formalnie żaden limit kwot możliwych do wypłaty na rzecz nabywcy.

Tym samym, w przypadku upadłości banku, środki nabywców zgromadzone na RP zostaną zwrócone nabywcom przez BFG do wysokości gwarantowanej limitem.

V – Upadłość banku – operatora RM. Bankowy Fundusz Gwarancyjny

Transfer obligatoryjnych składek dewelopera na rzecz Funduszu będzie postępował za pośrednictwem banku prowadzącego dany RP. Ustawodawca jasno określił kolejność rozliczeń pomiędzy podmiotami: 1) nabywca wpłaca na RP prowadzony przez bank ratę spłaty zgodnie z harmonogramem, 2) następnie deweloper oblicza i odprowadza od tej kwoty składkę na Fundusz, a następnie 3) bank weryfikuje poprawność składki dewelopera i wypłaca na jego rachunek wpłatę od nabywcy. Zarówno czynność dewelopera, jak i banku odbywają się w terminie 7 dni od wpłaty (nabywcy albo dewelopera), lecz nie później niż do dnia wypłaty raty na rzecz dewelopera. Bank dla każdego dewelopera stworzy dodatkowy rachunek, na którym będą rozliczane składki do Funduszu. Tymczasem ewidencję wpłat na Fundusz prowadzić będzie UFG, w formie systemu teleinformatycznego. Ustawodawca określił zarówno zakres danych gromadzonych w ewidencji, jak i przypadki ich udostępnienia oraz podmioty zobowiązane, w tym bank i syndyka, do przekazywania ww. danych.

VI – Wnioski końcowe

Ustawa jest owocem reakcji na ponad 10-letnią praktykę rynku pod rządami poprzedniej regulacji, przejawem powszechnej proceduralizacji stosunków społecznych. Ustawa modyfikuje lub porządkuje znane instytucje tj. m. in. RP lub wprowadza novum prawne tj. m. in. Fundusz, rekompensata. Pozostają wątpliwości co do przyszłej skuteczności Ustawy - brak definicji wady istotnej, zbyt wygórowana składka do Funduszu, brak konkretnej kwoty dla obliczenia rekompensaty, zwiększone koszty zabezpieczeń interesów nabywcy, a przy tym brak zakazu ich transferu na nabywcę. Nowe uprawnienia kontrolne banku są bardzo szerokie i mogą ponadto prowadzić do blokowania wypłaty środków przez banki w sytuacjach nieuzasadnionych (lub trudnych do wykazania), co przełożyć się może dodatkowo na pogarszanie sytuacji finansowej deweloperów w trakcie realizowania inwestycji. Ponadto, wymagają one pogłębionej informatyzacji banku, prowadzą do zwiększenia kosztowności procesów m. in. ochrony danych osobowych, w tym zwiększenia kadry pracowniczej banków i deweloperów. Pozostaje też kwestia niejasnych przepisów przejściowych, zbytniego rozczłonowania daty wejścia w życie Ustawy. Jak się zdaje, do obrony jest stanowisko, że obecnie obowiązująca ustawa deweloperska może być prawem stosowanym jeszcze nawet po 2024 roku.

Pomimo powyższych wątpliwości i niedociągnięć należy pozytywnie ocenić próbę wzmocnienia ochrony interesów nabywców i polepszenia pewności obrotu deweloperskiego. Uchwalone przepisy pokazują również złożoność procesu nabycia nieruchomości, wielopodmiotowy układ wzajemnie związanych podmiotów, ale i materializację starej zasady, w myśl której bezpieczeństwo kosztuje.

Jan Akimenkow, aplikant radcowski
Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski i Wspólnicy Sp.k.

Legal opinion

New Developer Act (3)

It is only weeks now before the New Developer Act (NDA) comes into effect on 1 July. Having looked at what NDA means for developers and home buyers, in this third and final part of our series we focus on the role of banks, and finish with overall conclusions.

We begin, though, with a terminological point. When talking about housing projects, NDA distinguishes between a property development undertaking (“Undertaking”) and an investment task (“Task”). The former refers to the totality of activities, actual and legal, carried out by the developer aimed at transferring the title to a finished home to the buyer, in line with their agreement¹. The latter refers to an individual building, or a group of buildings forming a whole in architectural-construction terms and which are to be completed at the same point in time. So Undertaking is a broader term than Task. A Task is part of an Undertaking. The developer can divide an Undertaking into two or more Tasks.

We now turn to the functions and powers that NDA entrusts to banks.

¹ Cf. part two of our series for what types of agreement are covered by NDA.

I – Operating escrow accounts

Developers contract with banks to operate escrow accounts (EA) for buyers relating to an Undertaking (or Task). These can be closed escrow accounts (CEA) or open escrow accounts (OEA). Banks are required to record, and to maintain records of, all payments going in and out of each buyer’s EA in fulfilment of their agreement with the developer, and to provide the buyer with detailed information about all incomings and outgoings in their account (dates, amounts) upon request. Developers will be required to maintain EA for an Undertaking or Task until the day the last buyer receives the title to their property. As for the release of EA funds to the developer, in the case of CEA the bank will release the funds upon receipt of a copy of the notarial deed transferring the title to the buyer. In the case of OEA, the bank will release subsequent instalments within 30 days of establishing that a given stage of the Undertaking or Task has been completed. The last instalment will be released upon receipt of a copy of the notarial deed transferring the title to the buyer. Such an arrangement incentivises developers to transfer titles to buyers as quickly as possible. On the other hand, it should be noted that delays in this respect often arise for reasons outside developers’ control.

II – Terminating escrow accounts

Importantly, under NDA, the bank – and only the bank – can terminate the EA contract between it and the developer, albeit “only for important reasons”. The maximum allowed notice period is 60 days, within which time the developer has to contract with another bank to operate EA for the Undertaking or Task in question. The bank has to inform buyers about the termination of the EA contract within 10 days of its termination, either in writing or on a “durable medium” such as a CD or pen drive. The funds from the terminated EA will be transferred to the new EA upon submission by the developer to the bank of a statement from the new bank stating that the account is an EA as defined by NDA.

III – Controlling powers over developers

Before releasing EA funds to the developer, NDA stipulates that the bank has to establish the actual status of the Undertaking (or Task). This entails the right to inspect the developer's bank accounts and all and any documents pertaining to the Undertaking/Task (not just e.g. accounting or financial documents). Thus the bank will be required to make sure, for example, that the developer is not in arrears to the tax authorities or the Social Insurance Office (ZUS), that it has no outstanding and payable obligations to contractors and subcontractors, or that it has paid its mandatory contributions to the Developer Guarantee Fund. Any costs of these verification activities will be borne by the developer – yet another way in which NDA can push up the costs of housing projects and, consequently, home prices.

IV – Transferring developers' contributions to the Developer Guarantee Fund

The transfer of developers' mandatory contributions to the newly created Developer Guarantee Fund will take place via their EA banks. NDA lays down the sequence of operations very clearly: 1) the buyer deposits a portion of the purchase price into EA, in line with the schedule set out in their agreement with the developer; 2) the developer calculates their contribution to the Developer Guarantee Fund as a percentage of the amount deposited by the buyer, and pays it into the bank; 3) the bank verifies the accuracy of the developer's contribution and transfers it to the Developer Guarantee Fund. Both the developer and the bank have to make their transfers within 7 days of receipt of the relevant payment (from the buyer and from the developer, respectively), and not later than on the day of the release of funds to the developer. Banks will open separate accounts through which developers' contributions will be transferred. The Insurance Guarantee Fund (UFG), of which the Developer Guarantee Fund is part, will keep records of the Developer Guarantee Fund in an IT system. NDA specifies the scope of the data and information to be recorded by UFG, the entities required to provide the data and information, including banks, receivers and developers, and when and how the data and information should be provided.

V – When the EA bank goes bankrupt: the Bank Guarantee Fund

In the event that the bank that operates EA for an Undertaking or Task files for bankruptcy, the developer is required to sign an EA contract with another bank within 30 days, and to notify buyers about this fact within 10 days. Of course the developer also has to register the claims of buyers to recover their escrow money from the bank in its bankruptcy proceeding. The funds deposited by buyers will be repaid by the Bank Guarantee Fund (BFG) – up to a limit of €100,000. Recall that this is different from the situation where the developer goes bankrupt, in which case 100% of escrow deposits are protected via the Developer Guarantee Fund.

VI – NDA – Final conclusions

NDA is a reaction to perceived failings of the existing law, which has regulated the market for more than a decade; it also exemplifies growing proceduralisation of social life.

NDA modifies – or tidies up – certain rules and arrangements that already exist, such as EA; and introduces completely new ones, such as the Developer Guarantee Fund or buyer's recompense for breach of contract, the better to protect the interests of home buyers. But doubts remain over how effective it will be in practice. It lacks a definition of material defect, or a transparent formula for calculating buyer's recompense. It imposes substantial extra costs on developers – contributions to the Developer Guarantee Fund, for example, have been set at a level seen as excessively high – yet it does not prohibit developers from passing these costs on to buyers.

The new controlling powers given to banks are very extensive, and could result in banks blocking the release of escrow funds to developers without proper justification (or in situations that are hard to judge), thus undermining developers' financial standing during project execution. Furthermore, they will necessitate investments in new IT systems, and will push up the costs of personal data protection and other processes, forcing banks and developers to hire extra staff. And then there is the issue of NDA's vague transitional arrangements: it can be viably argued that the existing law will continue to apply even after 2024.

Despite the above doubts and shortcomings, NDA represents a commendable attempt to strengthen the protection of home buyers, and to increase the security of transactions between home buyers and developers. It reflects the complexity of the real estate purchase process, with its multiplicity of involved parties, and illustrates the old maxim that security has its costs.

Jan Akimenkow, trainee attorney-at-law
Miller, Canfield, W. Babicki, A. Chelchowski i Wspólnicy Sp.k.