

**Bartosz Ziemblicki**

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

## ZAGROŻENIA UMOWY POŚREDNICTWA W OBROTCIE NIERUCHOMOŚCIAMI Z PUNKTU WIDZENIA POŚREDNIKA - WYBRANE ZAGADNIENIA

**Streszczenie:** Zagrożenia umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami z punktu widzenia pośrednika można podzielić na dwie grupy: zagrożenia ze strony klienta i ze strony organów podatkowych. W relacjach z klientami bezpieczeństwo pośrednikowi gwarantowałyby wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy przez klienta oraz klauzula wyłączności skuteczna także względem samego właściciela. Jednak całkowite wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy pośrednictwa przez dającego zlecenie nie jest możliwe. Jeśli chodzi o klauzulę wyłączności, to nie jest ona skuteczna względem właściciela, który dokonuje sprzedaży bez niczyjego pośrednictwa. Jeśli chodzi o zagrożenia podatkowe, to pośrednik zobowiązany jest do zapłaty podatku PIT (CIT) i VAT niezależnie od tego, czy sam otrzymał zapłatę. Jednak sytuacja pośrednika jest jeszcze gorsza, bowiem w niektórych sytuacjach nie ma on wiedzy, że prowizja mu przysługuje. Niestety fakt ten nie wpływa na moment powstania zobowiązania podatkowego.

**Słowa kluczowe:** pośrednik w obrocie nieruchomościami, umowa pośrednictwa, PIT, VAT. DOI:

10.1561 1/pn.2014.372.32

### 1. Wstęp

Bezpieczny obrót nieruchomościami ma zasadnicze znaczenie dla całego obrotu gospodarczego z uwagi przede wszystkim na dużą zwykle ich wartość. Nie bez powodu rozporządzanie nimi wymaga formy aktu notarialnego (art. 158 kodeksu cywilnego<sup>1</sup>), zaś własność nieruchomości nie może być przeniesiona pod warunkiem ani z zastrzeżeniem terminu (art. 157 k.c.). Ponadto do niedawna pośrednictwo w ich obrocie wymagało specjalnych kwalifikacji potwierdzonych licencją nadawaną przez ministra infrastruktury.

Umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami kryje w sobie wiele niebezpieczeństw dla pośrednika. Można je podzielić na dwie grupy. Pierwsza obejmuje zagro-

<sup>1</sup> Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny Dz.U. z 1964, nr 16 poz. 93 z późn. zm, dalej „k.c.”.

żenią dotyczące trudności wyegzekwowania przez pośrednika wynagrodzenia. Sytuacja taka może mieć miejsce wtedy, gdy mimo klauzuli wyłączności właściciel sprzedał nieruchomość bez udziału pośrednika, a do niedawna także wtedy, gdy pośrednik nie posiadał licencji. Druga dotyczy zobowiązań podatkowych leżących po stronie pośrednika.

## 2. Uwagi wstępne dotyczące umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami

W dniu 23 sierpnia 2013 r. (a w odniesieniu do niektórych przepisów w dniu 1 stycznia 2014 r.) weszła w życie ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów<sup>2</sup>. Na jej mocy zmieniona została ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami<sup>3</sup> między innymi w zakresie regulacji zawodu pośrednika w obrocie nieruchomościami.

Przed powyższą nowelizacją zawarcie umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami z osobą nieposiadającą licencji dotknięte było wadą nieważności. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 2007 roku<sup>4</sup> „umowa o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami zawarta przez pośrednika nieposiadającego wymaganej licencji jest - w świetle art. 58 § 1 k.c. - nieważna, gdyż narusza bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy o gospodarce nieruchomościami". Z kolei w innym orzeczeniu z 2012 r.<sup>5</sup> Sąd Najwyższy podkreślił, że „pośrednikiem w obrocie nieruchomościami może być osoba fizyczna lub prawna spełniająca wymagania określone w art. 182 u.g.n., której przyznano licencję zawodową w zakresie pośrednictwa". Orzecznictwo Sądu Najwyższego było w tej kwestii jednoznaczne i nie dopuszczało wyjątków od ustanowionej zasady. Nawet zatem incydentalne pośrednictwo w obrocie nieruchomościami przez osobę nieprowadzącą tego typu działalności w sposób zorganizowany i ciągły wymagało posiadania licencji. Co więcej, Sąd Najwyższy wykluczył możliwość konwersji umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami w inną umowę o świadczenie usług, odpowiadającą treściowo tej pierwszej umowie<sup>6</sup>. Warto wspomnieć, że pośrednictwo dotyczyło zbywania i nabywania praw do nieruchomości<sup>7</sup>, a nie tylko zbywania i nabywania nieruchomości, o których mowa w art. 4 ust. 3b ustawy o gospodarce nieruchomościami<sup>8</sup>.

<sup>2</sup> Dz.U. z 2013, poz. 829, zwana dalej „nowelizacją”.

<sup>3</sup> Dz.U. z 1997, nr 115, poz. 741.

<sup>4</sup> Wyrok z dnia 29 maja 2007 r. sygn. V CSK 70//2007. Podobnie w wyroku z dnia 19 stycznia 2011 r., sygn. V CSK 173/2010.

<sup>5</sup> Wyrok z dnia 5 września 2012 r., sygn. IV CSK 81/2012.

<sup>6</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 2013 r., sygn. IV CNP 78/12.

<sup>7</sup> Art. 180 ust. 1 ustawy o gospodarce nieruchomościami w brzmieniu przed nowelizacją.

<sup>8</sup> J. Jaworski, *Reglamentacja zawodów rynku nieruchomości*, Warszawa 2010, s. 180; por. E. Bończak-Kucharzyk, *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 900.

W poprzednim stanie prawnym uzyskanie licencji pośrednika wymagało posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych, niekaralności za określone przestępstwa, wyższego wykształcenia, ukończenia studiów podyplomowych oraz odbycia praktyki zawodowej<sup>9</sup>. Obecnie wystarczy, by osoba świadcząca usługi pośrednictwa w obrocie nieruchomościami była ubezpieczona od odpowiedzialności cywilnej<sup>10</sup>. Ponadto w dalszym ciągu umowa powinna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności<sup>11</sup>.

Ustawa o gospodarce nieruchomościami nie wskazywała i nadal nie wskazuje, jakie przepisy należy stosować do umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami w zakresie nieuregulowanym przez tę ustawę. Wątpliwości powstają w kwestii, czy stosować należy przepisy kodeksu cywilnego o zleceniu (art. 734—751) czy umowy agencyjnej (art. 758-764<sup>9</sup>)<sup>12</sup>. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z 2005 r.<sup>13</sup> umowa pośrednictwa jest najbardziej zbliżona nie do umowy zlecenia, lecz do umowy agencyjnej. Potwierdził to Sąd Najwyższy w innym wyroku z 2004 r.<sup>14</sup>, podkreślając, że pośrednictwo polega na wykonywaniu czynności faktycznych, a nie prawnych, pośrednik działa samodzielnie i nie ma obowiązku stosowania się do zaleceń zlecającego. Bezpośrednim celem działań pośrednika nie jest wywołanie określonego skutku prawnego, lecz stworzenie warunków, w których zawarcie głównej umowy będzie możliwe, ale już z udziałem tylko samych zainteresowanych. Pośrednik nabywa prawo do wynagrodzenia tylko wtedy, gdy stworzone przez niego warunki doprowadziły zainteresowanych do zawarcia takiej umowy, a zatem całe ryzyko gospodarcze spoczywa na pośredniku. Ze stanowiskiem tym należy się zgodzić, choć trzeba też wskazać, że Sąd Najwyższy w innym wyroku z 2003 r.<sup>15</sup>, oceniając umowę pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zawartą przed wejściem w życie ustawy o gospodarce nieruchomościami, stwierdził, że jest to umowa o świadczenie usług, do której w braku przepisów szczególnych stosuje się przepisy o zleceniu.

### 3. Zagrożenia dla pośrednika ze strony klienta

Zgodnie z art. 20 Konstytucji<sup>16</sup> podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej stanowi społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności go

<sup>9</sup> Art. 182 ustawy o gospodarce nieruchomościami w brzmieniu przed nowelizacją.

<sup>10</sup> Art. 181 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami w brzmieniu po nowelizacji.

<sup>11</sup> Art. 180 ust. 3 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Zob. R. Strzelczyk, *Prawo nieruchomości*, Warszawa 2012, s. 469.

<sup>12</sup> Por. S. Kalus, *Pozycja prawna uczestników rynku nieruchomości*, Warszawa 2006, s. 154-156.

<sup>13</sup> Wyrok z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. V CK 295/2005.

<sup>14</sup> Wyrok z dnia 23 listopada 2004 r., sygn. I CK 270/2004.

<sup>15</sup> Wyrok z dnia 10 czerwca 2003 r., sygn. I CKN 414/2001.

<sup>16</sup> Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r., Dz.U. z 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.

spodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Pośrednik w obrocie nieruchomościami jest przedsiębiorcą korzystającym z konstytucyjnie zagwarantowanej swobody działalności gospodarczej. W ramach tej swobody w relacjach prywatnoprawnych ze swoimi klientami zasadniczo może dowolnie układać stosunki prawne, jednak ograniczają go zarówno przepisy prawa, jak i zasady współzycia społecznego (353<sup>1</sup> k.c.)<sup>17</sup>.

Pośrednik jest żywotnie zainteresowany tym, aby umownie wyłączyć możliwość wypowiedzenia umowy przez zlecającego<sup>18</sup>. Działania marketingowo-reklamowe pośrednika generują koszty i wymagają poświęcenia czasu. Pośrednikowi zależy więc na tym, by mieć komfort działania przez co najmniej minimalny czas potrzebny do pozyskania potencjalnych nabywców nieruchomości.

Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 2004 r.<sup>19</sup>, nawet w umowach opartych na wzajemnym zaufaniu strony mogą wyłączyć lub ograniczyć dopuszczalność jej wypowiedzenia bez ważnych powodów. Powyższe orzeczenie dotyczyło umowy-zlecenia, jednak zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 2005 roku<sup>20</sup> ma zastosowanie także do umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zawartej na wyłączność.

Jak zauważył Sąd Najwyższy w drugim z przytoczonych wyżej orzeczeń, nie można całkowicie wyłączyć prawa do wypowiedzenia umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami. Dodał, że „umowa pośrednictwa w obrocie nieruchomościami zawarta na czas nieokreślony korzystna jest dla obu stron, jednak korzyści te mogą zostać zniweczone przez możliwość wypowiedzenia umowy w każdej chwili i bez żadnego powodu. Szczególnie byłoby to niekorzystne dla pośrednika, który ponosiłby całkowite ryzyko finansowe takiego wypowiedzenia. Dlatego strony mogą umownie ograniczyć możliwość wypowiedzenia umowy pośrednictwa bez ważnych powodów. Takim ograniczeniem może być ustalenie kary umownej za wypowiedzenie umowy bez ważnego powodu. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały składu siedmiu sędziów z dnia 6 listopada 2003 r. III CZP 61/2003 (OSNC 2004/5 poz. 69), dopuszczalne jest zastrzeżenie kar umownych na wypadek skorzystania przez kontrahenta z uprawnienia kształtującego do wypowiedzenia do umowy. Brak zatem podstaw do kwestionowania dopuszczalności takiego zastrzeżenia umownego w łączącej strony umowie pośrednictwa”.

Jak widać, dopuszczalne jest także zastrzeżenie kar umownych na wypadek wypowiedzenia umowy bez ważnych powodów. Jednak pośrednik musi liczyć się

<sup>17</sup> Na temat zasady swobody umów w przypadku umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 kwietnia 2010 r., sygn. IV CSK 464/09. Sąd wskazał, że jest ona umową starannego działania, którą jednak strony mogą przekształcić w umowę rezultatu.

<sup>18</sup> Zob. K. Górską, *Status prawny stron umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami*, „Przegląd Prawa Handlowego”, marzec 2003, s. 48.

<sup>19</sup> Wyrok z dnia 28 września 2004 r., sygn. IV CK 640/2003.

<sup>20</sup> Wyrok z dnia 20 grudnia 2005 r., sygn. V CK 295/2005.

z tym, że jego klient może żądać jej zmniejszenia na podstawie art. 484 § 2 KC. Zgodnie z nim, „jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana”. Pierwsza sytuacja (częściowe wykonanie) nie znajdzie zastosowania, bowiem jak wskazał Sąd Najwyższy<sup>21</sup>, „ta przesłanka wchodzi w grę tylko wówczas, gdy zobowiązanie niepieniężne dłużnika, za którego nienależyte wykonanie obciążono go karą umowną, jest zobowiązaniem podzielnym. Zobowiązanie do niewykonania prawa kształtującego wypowiedzenia umowy nie jest zobowiązaniem podzielnym i nie można go wykonać „w znacznej części”. Druga sytuacja (rażąco wygórowana kara umowna) może naturalnie znaleźć zastosowanie, a wśród kryteriów oceny wymienił należy między innymi przewidywane wynagrodzenie pośrednika oraz niewykonanie przez niego umownych obowiązków<sup>22</sup>.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał za klauzulę niedozwoloną następujące zastrzeżenie umowne: „w przypadku zawarcia umowy na czas nieokreślony, stronom przysługuje wypowiedzenie niniejszej umowy za zgodą obu stron na piśmie w terminie 1 miesięcznym”<sup>23</sup>. Wypowiedzenie wyłącznie za zgodą obu stron oznacza po prostu rozwiązanie umowy za porozumieniem stron, które dopuszczalne jest zawsze i nie daje możliwości wypowiedzenia jednostronnego. Taka konstrukcja prawna jest nieskuteczna.

Oprócz ograniczenia możliwości wypowiedzenia umowy w interesie pośrednika w obrocie nieruchomościami jest również zawarcie z klientem umowy na wyłączność, ażeby pośrednik nie musiał się obawiać, że doprowadzenie do sprzedaży przez innego pośrednika pozbawi go prowizji<sup>24</sup>. Ma to zasadnicze znaczenie dla stosowanej przez pośrednika strategii marketingowo-reklamowej, w przypadku bowiem braku wyłączności pośrednik koncentruje się przede wszystkim na uniemożliwieniu identyfikacji nieruchomości przez potencjalnego kontrahenta przed podpisaniem przez niego oświadczenia, że to dany pośrednik mu ją przedstawił<sup>25</sup>. Przed nowelizacją ustawa o gospodarce nieruchomościami wprost przewidywała możliwość zawierania umów na wyłączność (art. 180, ust. 3a). Obecnie przepis ten został uchylony. Nie stoi to jednak na przeszkodzie zawarciu takiej klauzuli w umowie pośrednictwa w obrocie nieruchomościami.

Osobną kwestią jest możliwość zabezpieczenia się przez pośrednika przed tym, że mimo zawarcia umowy na wyłączność właściciel samodzielnie sprzeda nieruchomość<sup>26</sup>. Powstaje pytanie, czy klauzula wyłączności może obejmować, poza sprzedażą w wyniku działań innego pośrednika, także samodzielne działania właścicie

<sup>21</sup> Tamże.

<sup>22</sup> Tamże.

<sup>23</sup> Wyrok z dnia 27 maja 2013 r., sygn. XVII AmC 6586/12.

<sup>24</sup> A. Damasiewicz, K. Korus, *Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2006, s. 84 i n.

<sup>25</sup> Zob. J. Lisiecki, w: Z. Brzeziński (red.), *Pośrednik na rynku nieruchomości*, Warszawa 2003, s. 145.

<sup>26</sup> J. Jaworski, *Zawód pośrednika w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2008, s. 126-132.

la? Istotą umowy pośrednictwa jest to, że prowizja przysługuje pośrednikowi, jeśli poprzez skojarzenie stron stworzył on sposobność do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości. Sąd Najwyższy w wyroku z 2004 r.<sup>27</sup> wskazał, że „pośrednik nabywa prawo do wynagrodzenia tylko wtedy, gdy stworzone przez niego warunki doprowadzą zainteresowanych do zawarcia głównej umowy, a zatem całe ryzyko gospodarcze spoczywa na pośredniku”. W orzeczeniu tym Sąd Najwyższy podniósł, że „decydujące dla powstania prawa pośrednika do wynagrodzenia jest stworzenie przez niego sposobności i możliwości zawarcia przez kontrahentów umowy kupna- -sprzedaży nieruchomości, jeżeli rzeczywiście w wyniku tego doszło do zawarcia takiej umowy. Ciężar zaś wykazania, że pośrednik dochodzący wynagrodzenia faktycznie stworzył sprzedającym sposobność do zawarcia umowy sprzedaży, spoczywa na pośredniku”.

Wprost na temat wyłączności wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 2009 r.<sup>28</sup> Otóż „uprawnienie do wynagrodzenia w postaci prowizji, wynikające z umowy pośrednictwa w sprzedaży nieruchomości zawartej z zastrzeżeniem wyłączności przewidziane jest dla przypadku każdej transakcji z kontrahentem skojarzonym ze zbywcą nieruchomości w wyniku starań pośrednika. Ciężar wykazania, że dochodzący wynagrodzenia faktycznie stworzył sprzedającemu sposobność do zawarcia umowy, sprzedaży spoczywa na pośredniku. Klauzula wyłączności, o której mowa w art. 180 ust. 3a ustawy o gospodarce nieruchomościami w zw. z art. 550 k.c. nie uprawnia natomiast do żądania prowizji, jeżeli w toku postępowania o zapłatę zostanie wykazane, że do zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości doszło wskutek samodzielnych działań sprzedającego niezwiązanych z czynnościami pośrednika”.

Problem ten badał też kilkakrotnie Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów<sup>29</sup>. Za klauzulę niedozwoloną uznał zastrzeżenie, że „wyłączność ma takie znaczenie, że Zleceniodawca nie może zawrzeć umowy o pośrednictwo w sprzedaży Nieruchomości z innym podmiotem, jak również nie może bezpośrednio, sam lub przy pomocy innych podmiotów, wykonywać w odniesieniu do Nieruchomości czynności wskazanych w [...] Umowy, a ponadto nie może bez udziału Pośrednika zawrzeć umowy sprzedaży Nieruchomości [...], chyba że Pośrednik nie wykonuje obowiązków wynikających z Umowy w całości lub znacznej części”<sup>30</sup>. Niedozwolonym postanowieniem umownym jest również zastrzeżenie

<sup>27</sup> Wyrok z dnia 23 listopada 2004, sygn. I CK 270/2004.

<sup>28</sup> Wyrok z dnia 30 kwietnia 2009 r., sygn. I ACa 249/09.

<sup>29</sup> Na temat klauzul niedozwolonych zob. też S. Brzeszczyńska, *Umowy w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2005, s. 887; W. Karpiński, *Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami - tworzenie i doskonalenie warsztatu pracy*, Warszawa 2009, s. 190-198; B. Jesionowska, *Niedozwolone postanowienia umowne w umowach o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2005, zeszyt 6, s. 17 i n.

<sup>30</sup> Wyrok z dnia 21 września 2012 r., sygn. XVII AmC 600/12.

obowiązku zapłaty wynagrodzenia pośrednikowi w każdym przypadku sprzedaży<sup>31</sup>, a także w przypadku wycofania zlecenia przez dającego zlecenie w okresie obowiązywania wyłączności<sup>32</sup> oraz, tym bardziej, obowiązek zapłaty kary umownej w wysokości podwójnego wynagrodzenia przysługującego pośrednikowi w przypadku sprzedaży z pominięciem pośrednika<sup>33</sup>.

#### 4. Zagrożenia dla pośrednika ze strony władzy publicznej

Przepisy prawa podatkowego nastręczają wielu trudności drobnym przedsiębiorcom, do których często zaliczają się pośrednicy w obrocie nieruchomościami. Technika samoobliczania podatku, ilość i obszerność ustaw podatkowych, częstotliwość ich nowelizacji to tylko niektóre problemy, z którymi zmagają się małe podmioty, nie dysponujące wyspecjalizowanymi działami prawno-księgowymi<sup>34</sup>. Dość powiedzieć, że w prawie podatkowym występują odrębne definicje pojęcia działalności gospodarczej w podstawowych ustawach: w ordynacji podatkowej<sup>35</sup> (art. 3, pkt 9), w ustawie o PIT<sup>36</sup> (art. 5a, pkt 6 w zw. z art. 5b ust. 1-2) i ustawie o VAT<sup>37</sup> (art. 15, ust. 2-3)<sup>38</sup>. Dodać należy, że żadna z tych definicji nie pokrywa się ani z definicją z ustawy o systemie ubezpieczeń społecznych<sup>39</sup> (art. 8, ust. 6), ani z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej<sup>40</sup> (art. 2). Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2009 r., ta ostatnia definicja „powinna być [...] traktowana jako powszechnie obowiązujące rozumienie tego pojęcia w polskim systemie prawnym, wiążące zarówno dla ustawodawcy, jak i organów wykonawczych oraz sądowniczych”<sup>41</sup>.

<sup>31</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 20 czerwca 2012 r., sygn. XVII AmC 3191/12, a także wyrok tegoż sądu z dnia 31 maja 2012 r., sygn. XVII AmC 2690/12.

<sup>32</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 marca 2008 r., sygn. XVII AmC 288/07.

<sup>33</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 października 2013 r. sygn. XVII AmC 9015/12.

<sup>34</sup> Zob. S. Brzeszczyńska, wyd. cyt., s. 890-898.

<sup>35</sup> Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz.U. z 1997, nr 137, poz. 926 z późn. zm.

<sup>36</sup> Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych, Dz.U. z 1991, nr 80, poz. 350 z późn. zm.

<sup>37</sup> Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług, Dz.U. z 2004, nr 54, poz. 535 z późn. zm.

<sup>38</sup> Szerzej P. Borszowski, *Działalność gospodarcza w konstrukcji prawnej podatku*, Warszawa 2010, rozdz. I i II.

<sup>39</sup> Ustawa z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych, Dz.U. z 1998, nr 137, poz. 887 z późn. zm.

<sup>40</sup> Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz.U. z 2004, nr 173, poz. 1807 z późn. zm.

<sup>41</sup> Sygn. VKK 330/08.

Z pomocą przedsiębiorcom (jak również innym podatnikom) przychodzą interpretacje indywidualne. Na mocy rozporządzenia z 2007 r.<sup>42</sup> minister finansów upoważnił dyrektorów izb skarbowych w: Bydgoszczy, Katowicach, Poznaniu i Warszawie (a od kwietnia 2011 r. również w Łodzi) do wydawania - w jego imieniu

- interpretacji indywidualnych. Upoważnienie to nie dotyczy interpretacji przepisów podatkowych regulujących podatki stanowiące dochody samorządów (np. podatek od nieruchomości). W tym zakresie - tak jak przed 1 lipca 2007 r. - interpretacje indywidualne wydaje stosownie do swojej właściwości wójt, burmistrz (prezydent miasta), starosta lub marszałek województwa.

Ciężar ekonomiczny podatków dochodowych obciąża oczywiście przedsiębiorców, podczas gdy w założeniu ciężar ekonomiczny najbardziej zharmonizowanego na poziomie Unii Europejskiej podatku VAT ma ponieść klient, zaś dla przedsiębiorcy jest on neutralny<sup>43</sup>. Problem jednak w tym, że przedsiębiorcy (nie tylko pośrednicy) powinni odprowadzić podatek PIT<sup>44</sup> (lub CIT<sup>45</sup>) i pobrany od klientów podatek VAT<sup>46</sup> w przypadku sprzedaży i wystawienia faktury niezależnie od tego, czy otrzymali zapłatę, czy też nie.<sup>47</sup> Jest to bardzo niekorzystne dla nich rozwiązanie prawne, prowadzące do bankructwa zwłaszcza drobnych przedsiębiorców, którzy tracą w ten sposób płynność finansową. Jest to szczególnie niebezpieczne w branży pośrednictwa w obrocie nieruchomościami, gdzie transakcje odbywają się stosunkowo rzadko, lecz ich wartości są duże<sup>48</sup>, a trudności z wyegzekwowaniem prowizji nie należą do rzadkości<sup>49</sup>. Jeśli zatem przykładowo pośrednikowi przysługuje 3% brutto prowizji<sup>50</sup> od sprzedaży domu wartego 2 miliony złotych, to powinien wystawić fakturę na 48 780 zł netto. Jeśli klient z jakichś powodów nie ureguluje należności, to w rezultacie nie tylko pośrednik nic nie zarobi, ale niezależnie od tego musi odprowadzić do urzędu skarbowego w zaokrągleniu 11 220 zł podatku VAT oraz 9268 zł podatku PIT (przy założeniu że jest na podatku liniowym i abstrahując od kosztów uzyskania przychodu), a więc łącznie 20 488 zł, których nie ma. Oczywiście może wystąpić na drogę postępowania sądowego w celu uzyskania tej należności, ale - po pierwsze

- proces taki może trwać latami, po drugie - generuje dodatkowe koszty (5% opła

<sup>42</sup> Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 20 czerwca 2007 r. w sprawie upoważnienia do wydawania interpretacji przepisów prawa podatkowego, Dz.U. z 2007, nr 112, poz. 770 z późn. zm.

<sup>43</sup> Zob. np. R. Lipniewicz, *Europejskie prawo podatkowe*, Warszawa 2011, s. 108; D. Domiriik- -Ogińska i in. *Harmonizacja prawa podatkowego w Unii Europejskiej*, Warszawa 2011, s. 63.

<sup>44</sup> Art. 14, ust. 1.

<sup>45</sup> Uregulowany w Ustawie z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych, Dz.U. z 1992, nr 21, poz. 86 z późn. zm., art. 12, ust. 3.

<sup>46</sup> Art. 19, ust. 1 oraz art. 30, ust. 1.

<sup>47</sup> Zob. R Borszowski, wyd. cyt., s. 249 i n.; R. Mastalski, *Prawo podatkowe*, Warszawa 2012, s. 543 i n.

<sup>48</sup> S. Kalus, wyd. cyt., s. 14.

<sup>49</sup> A. Damasiewicz, K. Korus, wyd. cyt., s. 31.

<sup>50</sup> Zob. J. Lisiecki, w: Z. Brzeziński (red.), wyd. cyt., s. 147.



ty od pozwu to 2439 zł<sup>51</sup>, a wynagrodzenie radcy prawnego lub adwokata w stawce minimalnej to 2400 zł<sup>52</sup>, do tego 17 zł opłaty skarbowej od pełnomocnictwa<sup>53</sup>, no i wreszcie koszty postępowania apelacyjnego, a później klauzulowego i egzekucyjnego<sup>54</sup>), a po trzecie - dłużnik może nie posiadać żadnego majątku, z którego pośrednik będzie mógł się zaspokoić.

Takie problemy mają nie tylko pośrednicy w obrocie nieruchomościami, lecz wszyscy przedsiębiorcy. Jednak sytuacja pośredników bywa wyjątkowo trudna. Otóż zdarza się, że pośrednik nawet nie wie, że należy mu się prowizja. Taka sytuacja może mieć miejsce wtedy, gdy kontakt z klientem jest utrudniony, a klient dokonał już sprzedaży nieruchomości z kontrahentem skojarzonym przez pośrednika. Powstaje w tym miejscu pytanie o powstanie obowiązku podatkowego i odpowiedzialność karnoskarbową pośrednika.

Obowiązkiem podatkowym jest wynikająca z ustaw podatkowych nieskonkretyzowana powinność przymusowego świadczenia pieniężnego w związku z zaistnieniem zdarzenia określonego w tych ustawach<sup>55</sup>. Z kolei zobowiązaniem podatkowym jest wynikające z obowiązku podatkowego zobowiązanie podatnika do zapłacenia na rzecz Skarbu Państwa, województwa, powiatu albo gminy podatku w wysokości, w terminie oraz w miejscu określonych w przepisach prawa podatkowego<sup>56</sup>. Powstaje ono z dniem zaistnienia zdarzenia, z którym ustawa podatkowa wiąże powstanie takiego zobowiązania<sup>57</sup>.

W interpretacji indywidualnej z dnia 5 maja 2011 r. (sygn. ITPPI/443/120/11/ AT), wydanej przez dyrektora Izby Skarbowej w Bydgoszczy, poruszony został problem powstania obowiązku podatkowego podatku VAT po stronie pośrednika w sytuacji, gdy nie tylko nie otrzymał on wynagrodzenia od swojego klienta, ale nawet nie miał świadomości, że transakcja sprzedaży nieruchomości doszła do skutku i należy mu się prowizja. Zgodnie z art. 19 ust. 4 ustawy o podatku od towarów i usług, jeżeli dostawa towaru lub wykonanie usługi powinno być potwierdzone fakturą, obowiązek podatkowy powstaje z chwilą wystawienia faktury, nie później jed

<sup>51</sup> Zgodnie z art. 13 Ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, Dz.U. z 2005, nr 167, poz. 1398 z późn. zm.

<sup>52</sup> Zgodnie z par. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu, Dz.U. z 2002, nr 163, poz. 1349 z późn. zm. oraz par. 6 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu, Dz.U. z 2002, nr 163, poz. 1348 z późn. zm.

<sup>53</sup> Zgodnie z art. 1 par. 1 pkt 2 w zw. z Załącznikiem część IV Ustawy z dnia 16 listopada 2006 r. o opłacie skarbowej, Dz.U. z 2006, nr 225, poz. 1635 z późn. zm.

<sup>54</sup> Według stawek z Rozdziału VII Ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji, Dz.U. z 1997, nr 133, poz. 882 z późn. zm.

<sup>55</sup> Art. 4 Ustawy ordynacja podatkowa.

<sup>56</sup> Art. 5 Ustawy ordynacja podatkowa.

<sup>57</sup> Art. 21 par. 1 Ustawy ordynacja podatkowa.

nak niż w 7. dniu, licząc od dnia wydania towaru lub wykonania usługi. Zgodnie z interpretacją, usługę uznaje się za skutecznie wykonaną, a wynagrodzenie należne, bez względu na to, czy klient dokona powiadomienia pośrednika o tym fakcie. W uzasadnieniu wskazano jednak, że o wykonaniu umowy decydować będzie fakt ułożenia wzajemnych praw i obowiązków przez strony umowy. Nie powinno to jednak uspokajać pośredników, że mogą manipulować momentem powstania obowiązku podatkowego poprzez odpowiednie zapisy w umowie pośrednictwa. Po pierwsze -zgodnie bowiem z art. 58 § 3 k.c. część czynności prawnej, mająca na celu obejście prawa, jest nieważna. A po drugie -zgodnie z art. 189<sup>1</sup> w związku z art. 189 k.p.c.<sup>58</sup> organ podatkowy lub organ kontroli skarbowej może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, jeżeli jest to niezbędne do oceny skutków podatkowych. Wskazana w przytoczonej interpretacji podatkowej wykładnia przepisów ustawy o podatku od towarów i usług jest zatem dla pośredników w obrocie nieruchomościami bardzo niebezpieczna, zwłaszcza przy transakcjach o dużej wartości i umowach o wysokiej prowizji. Obowiązek podatkowy powstanie bowiem niezależnie od otrzymania wynagrodzenia, a nawet od wiedzy pośrednika, że transakcja doszła do skutku.

## 5. Podsumowanie

Zagrożenia umowy pośrednictwa w obrocie nieruchomościami z punktu widzenia pośrednika można podzielić na dwie grupy: zagrożenia ze strony klienta i zagrożenia ze strony organów podatkowych.

Jeśli chodzi o relacje z klientami, to bezpieczeństwo pośrednikowi gwarantowałoby wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy przez klienta oraz klauzula wyłączności skuteczna nie tylko względem innych pośredników, ale także samego właściciela. Jednak całkowite wyłączenie możliwości wypowiedzenia umowy pośrednictwa przez dającego zlecenie nie jest możliwe. Można jedynie ograniczyć tę możliwość do ważnych powodów pod rygorem zapłaty kar umownych. Jeśli chodzi o klauzulę wyłączności, to co do zasady jest ona dopuszczalna. Jednak nie jest ona skuteczna względem właściciela, który dokonuje sprzedaży bez niczyjego pośrednictwa.

Jeśli chodzi o zagrożenia podatkowe, to pośrednik, podobnie jak każdy inny przedsiębiorca, zobowiązany jest do zapłaty podatku dochodowego i obrotowego niezależnie od tego, czy sam otrzymał zapłatę. Jednak sytuacja pośrednika jest jeszcze gorsza, bowiem w niektórych sytuacjach nie ma on wiedzy, że prowizja mu przysługuje. Niestety, fakt ten nie wpływa na moment powstania zobowiązania podatkowego.

<sup>58</sup> Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. z 1964, nr 43, poz. 296 z późn. zm.

## Literatura

- Bończak-Kucharzyk E., *Ustawa o gospodarce nieruchomościami. Komentarz*, Warszawa 2001. Borszowski P., *Działalność gospodarcza w konstrukcji prawnej podatku*, Warszawa 2010. Brzeszczyńska S., *Umowy w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2005. Brzeziński Z. (red.), *Pośrednik na rynku nieruchomości*, Warszawa 2003. Damasiewicz A., Korus K., *Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2006. Dominik-Ogińska D., Miltz M., Mudrecki A., Ogiński P., Pomorska A., Wróbel P., *Harmonizacja prawa podatkowego w Unii Europejskiej*, Warszawa 2011. Górską K., *Status prawny stron umowy o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami*, „Przegląd Prawa Handlowego”, marzec 2003. Jaworski J., *Reglamentacja zawodów rynku nieruchomości*, Warszawa 2010. Jaworski J., *Zawód pośrednika w obrocie nieruchomościami*, Warszawa 2008. Jesionowska B., *Niedozwolone postanowienia umowne w umowach o pośrednictwo w obrocie nieruchomościami*, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 2005, zeszyt 6. Kalus S., *Pozycja prawna uczestników rynku nieruchomości*, Warszawa 2009. Karpiński W., *Pośrednictwo w obrocie nieruchomościami - tworzenie i doskonalenie warsztatu pracy*, Warszawa 2009. Lipniewicz R., *Europejskie prawo podatkowe*, Warszawa 2011. Mastalski R., *Prawo podatkowe*, Warszawa 2012. Strzelczyk R., *Prawo nieruchomości*, Warszawa 2012.

### THREATS OF A REAL ESTATE BROKERAGE AGREEMENT FROM THE POINT OF VIEW OF A REAL ESTATE BROKER - SELECTED ISSUES

**Summary:** Threats of a real estate brokerage agreement from the standpoint of a real estate broker can be divided into two groups: threats from the clients and threats from the tax administration. When it comes to relations with clients a real estate broker seeks for exclusion of the possibility of one-sided termination of the agreement by clients. This construction is invalid. What is legally possible is the limitation of the one-sided termination to important causes. Another important issue for a real estate broker, securing receiving their payment, is an exclusive agreement which guarantees them a commission regardless of whether any rival real estate broker was involved in the transaction. This does not, however, protect the broker from situations in which a client sells a real estate by himself. When it comes to the tax administration, a real estate broker, similarly to other entrepreneurs, is obliged to pay PIT (CIT) and VAT regardless of whether they received payment or not. However, a situation of a real estate broker is even worse, since under some circumstances they are not even aware of the fact, that his commission is due. Unfortunately this fact does not modify the moment of tax payment obligation.

**Keywords:** real estate broker, agency contract, PIT, VAT.

