

Datum: 04.07.2012

PRAVNO MNENJE: Delitev plačila za posredovanje med naročiteljem in tretjo osebo

Spoštovani,

Prejeli smo vašo e-pošto za pravno mnenje v zvezi z delitvijo plačila za posredovanje na podlagi Zakona o nepremičninskem posredovanju.

A)

Predvsem sprašujete in izpostavljate:

1. S prodajalci imate podpisane posredniške pogodbe, kjer je navedeno, da plačilo za posredovanje znaša 4% in se razdeli med prodajalca in kupca v razmerju 2% + 2%.
2. S kupci imate podpisana potrdila o ogledu, kjer je navedeno da se plačilo za posredovanje razdeli med prodajalca in kupca v razmerju 2% + 2%.
3. Ko pride do sklenitve posla kupoprodaje in kupcu izstavite račun, ali morate z njim podpisati posredniško pogodbo? Ali račun izstavite na podlagi potrdila o ogledu? Navajate, da v Zakonu o nepremičninskem posredovanju namreč piše, da plačila za posredovanje ne smete računati brez podpisane posredniške pogodbe.

Po preučitvi zadeve vam v nadaljevanju v zvezi z vašim vprašanjem podajamo pravno mnenje Zakonodajno-pravne službe GZS. Pravno mnenje se nanaša na konkretno pravno razmerje in/ali situacijo pri tem pa je bila upoštevana izključno posredovan opis dejanskega stanja in poslana dokumentacija ter splošno veljavni predpisi. Mnenje je pripravljeno na podlagi najboljšega znanja in osebne presoje pripravljavca.

Zakonodajno-pravna služba GZS opozarja, da kljub temu, da je mnenje ustvarjeno po najboljšem znanju, ugotovitve v nobenem primeru ne pomenijo meritorne odločitve v predmetni zadevi, ali da organ, ki je pristojen za presojo zadeve, ne bi mogel odločiti drugače.

B)-I

Zakon o nepremičninskem posredovanju

Zakon o nepremičninskem posredovanju (v nadaljevanju ZNPosr)¹ v II. Poglavju POGOJI ZA OPRAVLJANJE POSREDOVANJA V PROMETU Z NEPRMEIČNINAMI v 1. točki določa pogoje za opravljanje storitev posredovanja za nepremičninske družbe (v nadaljevanju ND).

Pri tem določila 5. člena ZNPosr določajo meje za najvišje dovoljeno plačilo za posredovanje. 2. odstavek 5. člena ZNPosr določa krog zakonitih plačnikov storitev nepremičninske družbe in sicer se glasi:

5. člen (najvišje dovoljeno plačilo za posredovanje)
(2) Plačilo za posredovanje lahko nepremičninska družba zaračuna le naročitelju na podlagi pogodbe o posredovanju v prometu z nepremičninami. Če je med pogodbenima strankama prodajne, najemne, zakupne ali druge pogodbe (v nadaljnjem besedilu: pogodba) za določeno nepremičnino dogovorjeno, da plačilo za posredovanje plačata obe stranki, se znesek iz prejšnjega odstavka razdeli.
(3) Pogodba o posredovanju, ki je v nasprotju s prvim in drugim odstavkom tega člena, je nična.

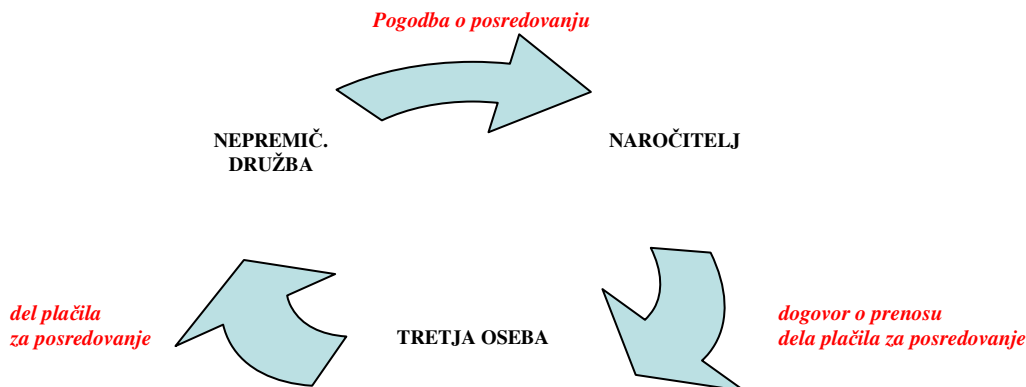
Iz tega lahko izpeljemo, da drugi odstavek 5. člena torej določa naslednje:

- a) Plačilo za posredovanje ND lahko zaračuna **le naročitelju**, s katerim ima ND sklenjeno pogodbo o posredovanju.
- b) Plačilo za posredovanje pa lahko plačata tudi obe stranki in se torej **razdeli** med strankama, med naročiteljem in tretjo osebo, ki ju je v stik spravila ND, **v kolikor** je med **tema dvema strankama** prodajne, najemne ali druge pogodbe **za določeno** nepremičnino **tako dogovorjeno**, da se plačilo za posredovanje razdeli.

V tem primeru gre za t.i. **deljeno plačilo za posredovanje**, kjer imamo jasno **tripartitno razmerje**, za razliko od t.i. **dvojnega posredovanja**.

Deljeno plačilo za posredovanje

Načelo deljenega plačila za posredovanje, ki je določeno v drugem stavku, drugega odstavka 5. člena ZNPosr pomeni, da imamo eno pogodbo o posredovanju med ND in naročiteljem, ki nato del svoje obveznosti dogovorno prenese na tretjo osebo.



¹ Zakon o nepremičninskem posredovanju (ZNPosr) (Uradni list RS, št. 42/03, 21/06 OdI.US: U-I-229/03-18, 47/06, 50/06-ZMVN, 72/06-UPB1, 49/11)

Gre tore za naslednje situacije:

1. Nepremičninska družba ima sklenjeno **pogodbo o posredovanju** z naročiteljem, s katerim ima v pogodbi o posredovanju dogovorjeno plačilo za posredovanje **v celotni višini (največ 4% od pogodbene cene)**, ki se nato lahko, ali **razdeli med naročitelja in tretjo osebo** na podlagi dogovora, ali pa ga **v celoti plača naročitelj**.
2. ZNPosr v drugem odstavku 5. člena predvideva, da lahko naročitelj, ki se pogaja s tretjo osebo, **del plačila za posredovanje prenese na tretjo**. ZNPosr je torej določil možnost dogovora o »delitvi bremena plačila storitev nepremičninske družbe«. Ta delitev pa mora biti torej dogovorjena med naročiteljem in tretjo osebo, kar bo po navadi najlažje vnesti kar v prodajno, najemno ali drugo pogodbo kot eno izmed pogodbenih določil, ki jo nato naročitelj in tretja oseba podpišeta, ni pa to pogoj za veljavnost takšnega dogovora o delitvi plačila za posredovanje.

Delitev je lahko dogovorjena **tudi na druge načine**, ki jih bo možno izkazati kot voljo strank (naročitelja in tretje osebe), da sta se dogovorili o delitvi plačila za posredovanje, pri tem pa je vsekakor priporočljiva pisna oblika takšnega dogovora zaradi dokazne funkcije takšne oblike.
3. Dejanje tretje osebe, ki je se je z naročiteljem, kot dolžnikom v razmerju do nepremičninske družbe, kot upnikom, dogovorila za prevzem del plačila za posredovanje, ima tako v skladu z Obligacijskim zakonikom (OZ)² naravo **prevzema izpolnitve** (434. člen OZ), ali pa celo naravo **prevzema dolga** (427. člen OZ in nasl.).

Prevzem izpolnitve (434. člen OZ)

V skladu z OZ prevzem izpolnitve pomeni dogovor³ med dolžnikom (v našem primeru naročiteljem), in nekom tretjim (v našem primeru tretjo osebo), s katero se tretji dolžniku zavezuje, da bo izpolnil njegovo obveznost nasproti njegovemu upniku.

Prevzemnik (tretja oseba) odgovarja dolžniku (naročitelju) za pravočasno izpolnitev obveznosti ND, pri tem pa prevzemnik (tretja oseba) ne prevzema dolga, zato upnik (ND) nasproti njemu nima nobene pravice zahtevati izpolnitev od prevzemnika (tretje osebe).

To pomeni, da upnik (ND) ne more samostojno zahtevati izpolnitve oz. plačila od prevzemnika (tretje osebe) tako, da bi mu npr. izstavil račun in bi na podlagi tega pridobil samostojno pravico oz. samostojno terjatev do tega prevzemnika (tretje osebe).

Prevzem izpolnitve je torej razmerje med dolžnikom (naročiteljem) in prevzemnikom (tretjo osebo), saj prevzemnik odgovarja zgolj dolžniku.

Prevzem dolga (427. člen OZ in nasl.).

Prevzem dolga pa pomeni dogovor⁴ med dolžnikom (naročiteljem) in prevzemnikom (tretjo osebo), da bo slednji prevzel izpolnitev upniku (ND), pri tem pa mora **upnik v to privoliti**. Ob tem se domneva, da je upnik dal svojo privolitev, če je brez omejitve sprejel kakšno izpolnitev od prevzemnika, ki jo je ta izpolnil v svojem imenu (privolitev s konkludentnim dejanjem).

Posledica takšnega dogovora torej je, da **privede do popolne zamenjave dolžnika**, ki stopi na mesto

² Obligacijski zakonik (OZ) (Uradni list RS, št. 83/01, 32/04, 28/06 OdL.US: U-I-300/04-25, 29/07 OdL.US: U-I-267/06-41, 40/07, 97/07-UPB1)

³ OZ govori o pogodbi, ki pa jo lahko razumemo v kontekstu obravnavane problematike tudi kot eno od pogodbenih določil v prodajni pogodbi, ali drugi pogodbi med naročiteljem in tretjo osebo, ali pa kot ločen dokument

⁴ Glej opombo 3

prejšnjega dolžnika (naročitelja) in ne pomeni, da odgovarja poleg njega. Ob tem je privolitev upnika za spremembo dolžnika bistven pogoj za nastanek takšne posledice.⁵ Ker ima prevzem dolga za posledico spremembo dolžnika v obstoječem obligacijskem razmerju, je razumljivo, da se s tem posega v upnikov interese in upniku ni vseeno, kdo je dolžnik, saj je izpolnitev odvisna tudi od osebnih lastnosti dolžnika.⁶

Tako dolžnik (naročitelj), kakor tudi prevzemnik (tretja oseba), lahko od upnika (ND) zahteva, da se upnik v določenem roku izreče, ali privoli v prevzem dolga, sicer se šteje, da je privolitev odklonil. Molk upnika torej ne pomeni soglasja, izjema pa je pri prevzemu dolga nasproti hipotekarnemu upniku (428/1 OZ)

Ob tem ima dogovor o prevzemu dolga učinek dogovora o prevzemu izpolnitve, kot opredeljeno zgoraj, vse dokler upnik ne privoli v prevzem dolga, kot tudi če privolitev upnik odkloni.

S prevzemom dolga stopi prevzemnik (tretja oseba) na mesto prejšnjega dolžnika (naročitelja), ki je s tem prost obveznosti, upnik (ND) pa ima zoper prevzemnika samostojno terjatev, torej lahko tudi neposredno od prevzemnika zahteva plačilo in ta dolg tudi sodno izterja.

Prevzemnik (tretja oseba) lahko proti upniku (ND) uveljavlja vse ugovore iz razmerja med upnikom (ND) in prejšnjim dolžnikom (naročiteljem), prav tako pa ima prevzemnik tudi ugovore, ki jih ima sam proti upniku. Prevzemnik pa pri tem do upnika (ND) ne more uveljavljati ugovorov, ki jih je imel iz prejšnjega razmerja med prevzemnikom in prejšnjim dolžnikom (naročiteljem), ki je bilo podlaga za prevzem dolga.

Temelj terjatve za plačilo za posredovanje je tako pravnoposlovni prenos dela obveznosti naročitelja na tretjo osebo. Pri tem pa lahko:

- a) **ND v to privoli** (izrecno ali s koknudentnim dejanjem), s tem pa postane tretja oseba izključni nov dolžnik za plačilo dela plačila za posredovanje, saj obveznost preide iz premoženjske sfere naročitelja, kot prvotnega dolžnika, v premoženjsko sfero tretje osebe, ki je po novem v celoti zavezana izpolniti oz. plačati ta del plačila za posredovanje (*prevzem dolga*)

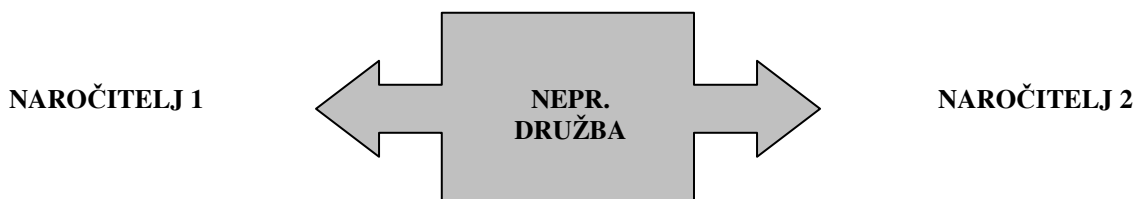
V tem primeru bo ND izstavila fakture za plačilo tretji osebi, kot novemu dolžniku.

- b) **ND v to ne privoli**, s tem pa postane tretja oseba zavezana za izpolnitev zgolj naročitelju, ne pa tudi ND, ki lahko zahteva izpolnitev oz. plačilo še vedno v celoti od naročitelja (*prevzem izpolnitve*).

Dvojno posredovanje

Poznamo tudi dvojno posredovanje, kjer pa **ni tripartitnega razmerja** v smislu pravnoposlovnega prenosa obveznosti plačila za posredovanje iz naročitelja na tretjo osebo, kot smo zgoraj opredelili z razmerjem (ND – naročitelj – tretja oseba), temveč gre za dve posredovalni razmerji, kjer nastopa ista ND v dveh pogodbah o posredovanju z dvema naročiteljema, ki sta hkrati na drugi strani tretji osebi pri nasprotnem poslu.

V tem primeru pa ima ND **dve pravnoposlovni razmerji** oz. dve pogodbi o posredovanju in sicer:



⁵ Juhart, M., et al: Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, GZ Založba, Ljubljana, 2003, str. 612

⁶ Juhart, M.: Ljubljana, 2003, str. 610

Podlaga za plačilo za posredovanje sta torej **dve pogodbi o posredovanju**.

Nepremičninska družba je v skladu s 21. členom ZNPosr dolžna **jasno** in **pisno opozoriti** oba naročitelja o morebitnih **nasprotjih interesov** med njima, sicer pa terjatvi do enega in drugega naročitelja nista v neposredni zvezi, razen tega, da je **za isto nepremičnino** prepisano najvišje dovoljeno plačilo za posredovanje 4% od pogodbene prodajne cene.

Pri tem pa je potrebno v vsakem primeru **posebej paziti, ali je podlaga za sklenitev pogodbe o posredovanju legitimna**, saj lahko prisiljevanje kupcev, ki so prišli na ogled konkretne nepremičnine, pomeni tudi nasprotje z načelom vestnosti in poštenja in je lahko takšna druga pogodba o posredovanju nična v smislu 3. odstavka 5. člena ZNPosr. Slednje pa presega okvir tega pravnega mnenja.⁷

B) – II

Primer, ki ga navaja članica, ustreza **definiciji deljenega plačila za posredovanje**, saj navaja, da ima s prodajalcem (naročiteljem) sklenjeno pogodbo o posredovanju v kateri predvideva skupno višino plačila za posredovanje v razmerju 2% + 2%, pri tem pa je naročitelj torej že s sklenitvijo pogodbe o posredovanju seznanjen oz. izraža željo, da se del plačila za posredovanje prenese na tretjo osebo.

Članica prav tako navaja, da ima tudi s kupci (tretjimi osebami) podpisano **potrdilo o ogledu**, kjer je navedeno da se plačilo za posredovanje razdeli med prodajalca in kupca v razmerju 2% + 2%. S tem je **kupec seznanjen s prodajnimi pogoji prodajalca**.

Zakonodajalec je pri oblikovanju 2. odstavka 5. člena ZNPosr določil, da plačilo za posredovanje lahko plačata obe stranki in se torej razdeli, če se tako dogovorita naročitelj in tretja oseba, zato menimo, da bi bilo priporočljivo takšen dogovor vnesti v zapis prodajne, najemne ali druge pogodbe, ki jo nato stranki podpišeta, prav tako bi bilo smiselno, da tudi ND poda svojo izrecno privolitev v prenos obveznosti oz. dela plačila za posredovanje na tretjo osebo, saj v tem primeru nastane prevzem dolga, ne zgolj prevzem izpolnitve. ND v tem primeru **pridobi samostojno terjatev do tretje osebe**, ki s tem **postane nov dolžnik**.

Seveda pa **ND lahko tudi odkloni privolitev** za prenos obveznosti na tretjo osebo, kar bo smiselno vselej takrat, v kolikor bo ND ocenila, da bi bila **tretja oseba lahko slabši plačnik** od naročitelja. Seveda pa bo to nekoliko težje takrat, v kolikor se je ND že v pogodbi o posredovanju z naročiteljem dogovorila, da si bo prizadevala del plačila za posredovanje prenesti na tretjo osebo, nato pa bi odklonila privolitev za prenos obveznosti na to tretjo osebo, ki jo je sama našla.

* * *

C)

Ko pride do sklenitve posla kupoprodaje torej kupcu izstavite račun takrat, ko je šlo za deljeno posredovanje in ko je nastal prevzem dolga z vašo privolitvijo in je torej kupec postal nov izključni dolžnik.

Pri prevzemu izpolnitve pa menimo, da račun izstavite izključno naročitelju, pri tem pa si naredite uradni zaznamek, da ste sprejeli izpolnitev od tretje osebe. Predlagamo, da se glede tega posvetujete tudi s svojim računovodjem, da boste zadostili Slovenskim računovodskim standardom.

⁷ Več o tem v Djinović, M.: »Siljenje« potencialnih kupcev nepremičnin v sklenitev posredniške pogodbe, Pravna praksa, številka 7-8, 19.2.2009, stran 17-18

Pri tem ni potrebno posebej podpisati pogodbe o posredovanju s kupcem, nasprotno, takšna pogodba bi lahko celo bila nična, temveč črpate podlago za izstavitve računa oz. za prejem plačila za posredovanje iz dogovora med naročiteljem in tretjo osebo.

Predlagamo, da tak dogovor vnesete v temeljno prodajno, najemno ali drugo pogodbo, pri sklenitvi katere ste posredovali, ali pa poskrbite za to, da se bosta stranki na jasn in pisen način dogovorili, da se del plačila za posredovanje prenese na kupca.

Račun tako izstavite na podlagi dogovora med naročiteljem in tretjo osebo, ki je del prodajne, najemne ali druge pogodbe, ali pa dogovora v ločenem dokumentu. Opozarjamo, da lahko, da potrdilo kupca, v katerem ta izjavlja, da je seznanjen z delitvijo plačila za posredovanje, ne bo dovolj ustrezen temelj, saj to potrdilo pomeni zgolj, da je kupec seznanjen s prodajnimi pogoji prodajalca, ni pa prišlo do dogovora med prodajalcem in kupcem o delitvi, v smislu 2. odstavka 5. člena ZNPosr.

Namen zakonodajalca v tem oziru je bil, da se naročitelj in tretja oseba dogovorita o delitvi plačila za posredovanje. Običajno bo tak dogovor predstavljal eno izmed pogodbenih določil prodajne, najemne ali druge pogodbe o posredovanju, ni pa razloga, da ne bi mogla biti ustrezna podlaga za delitev tudi v dogovoru, ki je na posebni listini, ali celo razviden iz pisne korespondence strank, kot eno od stranskih točk pri pogajanjih. Pomembno je le, da je tak dogovor mogoče zagotovo izkazati in da izvira iz volje obeh strani, torej naročitelja in tretje osebe.

V kolikor imate dodatna vprašanja ali potrebujete dodatne informacije glede navedenega, vaša vprašanja pošljite na e-poštni naslov PravnaSluzba@gzs.si

S spoštovanjem,

Pripravil:

Robert Geisler, univ. dipl. prav.
Samostojni pravni svetovalec

Igor Knez, univ. dipl. prav.
Direktor Zakonodajno-pravne službe