



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Marie Andersson

Fastighetsmäklarens skadeståndsansvar

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Eva Lindell-Frantz

Skadeståndsrätt

Ht 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRKORTNINGAR	2
1 INLEDNING	3
1.1 Syfte och frågeställningar	3
1.2 Metod	4
1.3 Avgränsningar	4
1.4 Terminologi	5
1.5 Forskningsläge	5
1.6 Disposition	6
2 MÄKLAREN I ETT HISTORISKT PERSPEKTIV	7
2.1 Mäklarrollen	7
2.2 Lagstiftning	8
2.2.1 1984 års lag	8
2.2.2 1995 års lag	8
3 MÄKLARBRANSCHEN OCH TILLSYN	11
3.1 Branschorganisationer och intern tillsyn	11
3.1.1 Mäklarsamfundet	11
3.1.2 Mäklarsamfundets ansvarsnämnd	12
3.1.3 Fastighetsmäklarförbundet	12
3.1.4 Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd	12
3.2 Tillsynsverksamhet	13
3.2.1 Fastighetsmäklarnämnden	13
3.2.2 Allmän domstol	14
4 FASTIGHETSMÄKLARENS RÄTTSLIGA STÄLLNING	16
4.1 Allmänt om mellanmansrätt	16
4.2 Fastighetsmäklaren som mellanman	17
4.2.1 Opartisk mellanman	18
4.2.2 Synen på mäklaren som opartisk mellanman	21

5	SKADESTÅNDSANSVARET – OBJEKTIVA FÖRUTSÄTTNINGAR	23
5.1	Allmänt om mäklarens skadeståndsansvar	23
5.2	Skada	23
5.3	Adekvat kausalitet	25
6	MÄKLARENS SKADESTÅNDSANSVAR – SUBJEKTIVA FÖRUTSÄTTNINGAR	27
6.1	Aktsamhetsnormer enligt lag och doktrin	27
6.1.1	Mäklarens omsorgsplikt	27
6.1.2	God fastighetsmäklarsed	29
6.1.2.1	Förhållanden av vikt för god fastighetsmäklarsed	30
6.1.2.1.1	Oregistrerade medhjälpare	30
6.1.2.1.2	Skyldighet att redovisa spekulanter	31
6.1.2.1.3	Förmedling av lån	32
6.1.2.2	Kort om det tillitsbaserade ansvaret	33
6.1.2.3	God fastighetsmäklarsed enligt branschorganisationer	34
6.1.3	Rådgivningsskyldighet	35
6.1.4	Upplysningsplikt	36
6.1.4.1	Val av köpare	37
6.1.4.2	Boendekostnadskalkyl	37
6.1.4.3	Uppgift om ytstorlek	38
6.1.5	Kontrollplikt	38
6.1.6	Undersökningsplikt	39
6.1.7	Handlingsplikt	41
6.1.7.1	Handlingsplikt före avtalsslut	41
6.1.7.1.1	Objektbeskrivning	41
6.1.7.1.2	Boendekostnadskalkyl	42
6.1.7.2	Handlingsplikt vid avtalsslut	42
6.1.7.2.1	Ingående av avtal	42
6.1.7.2.2	Införande av klausuler i avtalet	43
6.2	Oaktsamhet i praxis	43
6.2.1	God fastighetsmäklarsed och omsorgsplikt	43
6.2.2	Rådgivningsskyldighet	46
6.2.3	Upplysningsskyldighet	47
6.2.4	Kontrollplikt	50
6.2.5	Undersökningsplikt	51
6.2.6	Handlingsplikt	53
6.2.6.1	Före avtalsslut	53
6.2.6.2	Vid avtalsslut	55
7	AVSLUTANDE KOMMENTAR	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	63
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	65

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att utreda och klargöra fastighetsmäklarens skadeståndsansvar vid förmedling av fastighet till privatperson. Frågan om en mäklare skall hållas ansvarig för en skada som denne orsakat genom en handling eller underlåtenhet är beroende av om mäklaren agerat oaktsamt. För att kunna göra en bedömning av om oaktsamhet förekommit krävs att mäklarens ansvarområde fastställs. Den övergripande aktsamhetsnorm som avgränsar ansvarområdet utgörs av vad som i varje situation anses vara god fastighetsmäklarsed. Begreppet har ingen fast definition utan skall tillåtas utvecklas och förändras över tiden. God fastighetsmäklarsed skall iaktas i allt en mäklare gör, inte enbart i utförandet av de skyldigheter som uttryckligen följer av lagen. En grundläggande förutsättning är dock att fastighetsmäklarlagen iaktas. Lagen uppställer krav på hur mäklaren skall agera och vilka skyldigheter denne skall iaktta.

Mäklaren intar en roll som opartisk mellanman, vilket innebär att han skall tillvarata köparens och säljarens intressen i lika stor utsträckning. Undantag görs dock för så kallade affärsmässiga överväganden, exempelvis frågan om priset. Kravet på opartiskhet påverkar således alla mäklarens skyldigheter.

Bedömningen av om en mäklare agerat oaktsamt skall enligt vad som anförs i förarbeten och doktrin utgå från hur en normalt aktsam mäklare skulle ha agerat i samma situation. Genom att studera praxis dels från de allmänna domstolarna, dels från Fastighetsmäklarnämnden har jag dock kunnat se en utveckling som tyder på att ett allt tyngre ansvar läggs på mäklaren och att bedömningen inte alltid tar hänsyn till hur en normalt aktsam mäklare skulle ha agerat. Möjligen kan denna utveckling vara bunden till de skyldigheter som är av störst betydelse för parterna. En felaktig rådgivning eller en missvisande upplysning om fastighetens tillstånd kan få kostbara konsekvenser för köpare och säljare.

Det är av vikt att en köpare, eller säljare, som vänder sig till en mäklare för att få råd och hjälp med en fastighetsförmedling, kan känna sig trygga på så sätt att de kan få ersättning för skada de lider på grund av mäklarens oaktsamhet. Den utveckling som har skett i praxis har emellertid medfört att utrymmet för en oaktsamhetsbedömning i det närmaste har begränsats till ett minimum. Konsekvensen härav är inte enbart av godo sett ur köparens och säljarens ögon. Eftersom mäklarna exempelvis tvingas vidta extra åtgärder för att säkra bevisning för att de uppfyllt sina skyldigheter är det rimligt att anta att vi kommer att se ökande provisionskostnader.

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete
AFR	Auktoriserade Fastighetsmäklares Riksförbund
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
AN	Mäklarsamfundets ansvarsnämnd
Ds	Departementsserien
FiF	Förordning (1998:1808) med instruktion för Fastighetsmäklarnämnden
FMF	Fastighetsmäklarförbundet
FML	Fastighetsmäklarlag (1995:400)
FMN	Fastighetsmäklarnämnden
FRN	Fastighetsmarknadens Reklamationsnämnd
HD	Högsta domstolen
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift
KOVFS	Konsumentverkets riktlinjer för tillhandahållande, utförande och marknadsföring av fastighetsmäklartjänster i konsumentförhållanden
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv. Avd. 1
Prop.	Proposition
SAF	Sveriges Aktiva Fastighetsmäklares Riksförbund
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

År 1984 införde Sverige lagstiftning som reglerar mäklarens ansvarsområde, Fastighetsmäklarlag (1984:81). Lagen, som förnyades 1995 genom Fastighetsmäklarlag (1995:400), var bland annat ett uttryck för den ökade konsumentmedvetenheten som under perioden gjorde sitt intåg på flera lagstiftningsområden. En försäljning eller ett köp av fastighet är för många människor den största och mest betydelsefulla affär som görs. Vanligtvis utförs dessa rättshandlingar endast ett begränsat antal gånger under en livstid och det är därför ett område som de flesta har mycket begränsad kunskap om. Genom att vända sig till en professionell yrkesman förväntar sig klienterna att personen i fråga har den kunskap och erfarenhet som krävs för att resultatet skall bli det bästa möjliga. Fastighetsmäklaren fyller av den orsaken en viktig funktion och har ett stort ansvar gentemot parterna. Genom sin roll som opartisk mellanman är detta ansvar lika omfattande mot såväl säljare som köpare. Dessa parter har möjlighet att kräva ersättning för skada som uppstår på grund av mäklarens felaktiga agerande. Frågan är dock hur detta ansvar närmare ser ut och under vilka förutsättningar skadeståndsansvar kan inträda?

1.1 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att utreda och klargöra fastighetsmäklarens skadeståndsansvar. Genom att undersöka vilka aktsamhetsnormer som åligger fastighetsmäklare skall jag försöka fastställa under vilka förutsättningar fastighetsmäklaren kan bli skadeståndsskyldig gentemot köpare respektive säljare. Som en naturlig följd härav kommer jag även att undersöka på vilken nivå aktsamhetskravet läggs. För att få en bättre förståelse för mäklarens förhållande och ansvarsområde gentemot sina parter, köpare och säljare, är det av vikt att klargöra mäklarens rättsliga ställning.

De frågeställningar som ligger till grund för den fortsatta framställningen är följaktligen:

- Vilken rättslig ställning intar mäklaren gentemot sina parter?
- Vilka aktsamhetsnormer styr fastighetsmäklarens verksamhet?
- Vad innebär god fastighetsmäklarsed?
- Vad konstituerar oaktsamheten?

1.2 Metod

Jag har använt mig av traditionell juridisk metod, jag har därmed studerat lagtext, förarbeten, doktrin och praxis.¹ Framförallt förarbeten och doktrin har varit av stor betydelse för fastställandet av de aktsamhetsnormer som styr mäklarens ansvarsområde. För den vidare culpabedömningen har praxis varit ovärderlig. Jag har i detta avseende valt att frångå den traditionella juridiska metoden på så sätt att jag även har använt mig av praxis från bransch- och tillsynsnämnder. Orsaken är att avgöranden där mäklaren åläggs skadeståndsansvar för oaktsamt handlande i de allmänna domstolarna endast finns i mycket begränsad omfattning. Bransch- och tillsynsnämnder har ingen befogenhet att döma ut skadestånd med juridisk bindande kraft varför man kan ifrågasätta dess relevans för detta arbete. Till grund för oaktsamhetsbedömningen ligger vad som i varje fall kan anses vara god fastighetsmäklarsed och det är även denna norm som utgör grunden för de disciplinära bedömningarna varför jag trots allt anser nämndernas avgöranden vara av stor vikt.

Uppsatsen utgör en de lege lata framställning och tar följaktligen sikte på att klargöra gällande rätt. Som ett resultat härav använder jag mig av en deskriptiv metod kombinerad med analys. Jag kommer dock, främst i kapitel 6, låta egna kommentarer och slutsatser följa den löpande texten. Jag anser att uppsatsen på detta sätt blir mer lättläst och sammanhängande.

Avgöranden från ansvarsnämnderna och underinstanser är relativt svårtillgängliga och jag har därför i den utsträckning det varit nödvändigt använt mig av avgöranden refererade i annan, mer lättillgänglig litteratur. Detta medför tyvärr att jag inte kunnat tillgodogöra mig all praxis i dess helhet.

1.3 Avgränsningar

Jag har, som en naturlig följd av ämnesvalet, valt att inte kommentera den näringsrättsliga delen av FML² i större utsträckning än vad som varit nödvändigt för att ge en bakgrundsbild av och förståelse för mäklarens rättsliga ställning.

Jag har även valt att lämna de nyinförda förbudsreglerna utanför denna framställning. Dessa regler är så tydliga att jag inte anser att de lämnar något utrymme för en intressant culpabedömning.³ Jag kommer inte heller beakta mäklarens regressrätt som regleras i 20 § FML.

¹ Pecszenik s. 35 f.

² Fastighetsmäklarlag (1995:400).

³ Dessa paragrafer är; 13 § förbud mot självinträde, 14 § förbud mot fastighetshandel samt 15 § förbud för fastighetsmäklaren att agera partsombud.

Uppsatsen kommer endast att behandla mäklarens roll i förmedling av fastighet till privatperson. Övriga objekt och förmedling till näringsidkare lämnar jag av utrymmesskäl därhän. Vidare kommer jag endast att utreda mäklarens ansvar enligt fastighetsmäklarlagen. Jag vill även påpeka att mäklarens ansvarsområde är enormt och att redogöra för alla situationer där det kan tänkas att mäklaren kan bli ersättningsskyldig är omöjligt i en uppsats av den här storleken. Jag har därför valt att fokusera på de situationer som förefaller vara de vanligast förekommande i tvister mellan mäklare och köpare eller säljare.

1.4 Terminologi

Jag använder mig växelvis av benämningarna mäklare och fastighetsmäklare och avser härmed, där inget annat anges, endast fastighetsmäklare.

FML bygger till stora delar på dess föregångare, Fastighetsmäklarlag (1984:81), i fortsättningen hänvisas till 1984 års lag. Det är därför fortfarande relevant att använda sig av den äldre lagens förarbeten och angöranden i praxis. I de tillfällen jag inte särskilt påpekar att ändringar gjorts kan man utgå från att reglerna införts i stort oförändrade och att de gamla förarbetena används för vägledning.

I uppsatsen använder jag mig fortlöpande av begreppet aktsamhetsnorm eller aktsamhetskrav. Med detta avser jag de skyldigheter mäklaren är förpliktigad att följa i utförandet av sin verksamhet. Ett åsidosättande av dessa aktsamhetsnormer kan leda till att mäklaren blir ansvarig för den skada som uppkommit härav.

1.5 Forskningsläge

Det finns en relativt begränsad mängd litteratur som behandlar just fastighetsmäklarens skadeståndsansvar. Dock utgör Claude Zacharias *Fastighetsmäklarlagen i praktisk tillämpning* en omfattande och i det närmaste komplett översikt över de regler och det ansvar som gäller för fastighetsmäklare, Zacharias är verksam advokat. Mats Broström utreder i sin bok från 1995, *Fastighetsmäklare – aktsamhetskrav och oaktsamhetsansvar vid fastighetsförmedling*, skadeståndsansvaret och går igenom stora delar av praxis. Dessa två verk har utgjort utgångspunkt för min uppsats. I övrigt har Cervin & Sallnäs kommentar till 1995 års fastighetsmäklarlag använts liksom Ankarsweds, *Fastighetsmäklarens ansvar*.

Övrig litteratur värd att nämna är Martin Fehrs tidiga uppsats, *Mäklarens rättsliga ställning*, från 1925 som behandlar mäklarens juridiska ställning

samt dennes rättigheter och skyldigheter. Även den norska framställningen från 1946, *Meglerens rettslige stilling*, av Sjur Braekhus är av betydelse även för den svenska synen på mäklaren Uppsatsen tar sikte på mäklaryrket som sådant, inte endast fastighetsmäklare, men är ändå av stor betydelse för den grundläggande synen på fastighetsmäklarens rättsliga ställning.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en orienterande bakgrundsinformation som belyser utvecklingen inom mäklaryrket samt den lagstiftning som föregick den nuvarande fastighetsmäklarlagen. I det följande kapitlet redogör jag för hur mäklarbranschen ser ut och vilka som är de största aktörerna på marknaden. Mäklarens rättsliga ställning och synen på denna inom branschen utgör en viktig del av hur mäklarens ansvar bedöms. Detta behandlas i kapitel fyra.

I kapitel fem redogörs översiktligt för de objektiva förutsättningarna för att skadeståndsansvar skall kunna inträda. Kapitel sex utgör kärnan i uppsatsen. I 6.1 behandlas mäklarens aktsamhetsnormer enligt lag och doktrin, det fastställs vilka de är och vad de innebär. I det följande kapitlet, 6.2, undersöker jag hur oaktsamheten ser ut och hur domstolarnas culpabedömning ser ut. Denna del kommer även i stor utsträckning vara analyserande. Slutligen finns i det sjunde kapitlet en avslutande kommentar.

2 Mäklaren i ett historiskt perspektiv

I detta kapitel kommer jag i korthet beröra hur mäklarrollen utvecklats genom århundradena. Jag önskar även ge en redogörelse för hur lagstiftningen sett ut genom tiderna och vilka faktorer som lett fram till den lag vi har idag.

I viss mån kan det vara av intresse att få en inblick i den nuvarande mäklarlagen varför jag i slutet på detta kapitel också kommer att ge en översiktlig presentation av denna.

2.1 Mäklarrollen

Redan i den mänskliga civilisationens början uppträdde personer i vad som närmast kan liknas vid mellanmansrollen. Troligtvis rörde det sig främst om tolkning och andra former av hjälpande verksamhet. Efter hand utvecklades verksamheten till att även innefatta förmedlande inslag och vad vi i dag betecknar som varumäklare hade uppstått. I antika Grekland och Rom var mäklarväsendet väl utvecklat. Mäklarna uppträdde som förmedlare främst vid affärstransaktioner men även vid köp av ämbeten och ingående av äktenskap. Som med så mycket annat från antiken upphörde även utvecklingen av mäklarrollen och återupptogs inte förrän medeltiden närmade sig sitt slut och Europa upplevde ett uppsving i handel och samhällsbildning. Med den nya tiden uppstod behov av en annan slags mäklare än den som funnits under antiken. Lagstiftning rörande mäklarrätten började dyka upp under 1300- och 1400-talet. Under medeltiden präglades mäklarna av en offentlighetsrättslig karaktär. De anställdes av det offentliga och fick även avlägga ed och ställa säkerhet för sin verksamhet. Mäklarnas funktion i samhället var viktig, sällan fick avtal ingås direkt mellan parterna utan att en mäklare skulle involveras. Mäklarna skulle vara opartiska och fick inte driva egen verksamhet. Vidare var parterna skyldiga att betala hälften var av mäklarlönen. I Norden härrör den tidigaste lagstiftningen om mäklare från 1600-talet.⁴

Även förekomsten av fastighetsmäklare utgör en relativt gammal företeelse. Det var i och för sig inte vanligt med renodlade fastighetsmäklare eftersom omsättningen av fast egendom var mycket begränsad och knappas gick att leva på, istället ingick fastighetsförsäljning i mäklarens övriga arbetsområde. Först under 1800-talet särskiljdes fastighetsmäklaren från övriga mäklare och under 1800-talets senare hälft och in på 1900-talet, i takt med att olika mäklarorganisationer bildades, ökade kraven på lagstiftning.

⁴ SOU 1981:102 s. 37 f.

2.2 Lagstiftning

2.2.1 1984 års lag

Regleringen av fastighetsmäklarnas verksamhet var fram till tillkomsten av 1984 års lag mycket begränsad. Genom kungörelsen (1947:336) om auktorisation av fastighetsmäklare infördes ett frivilligt auktorisationsförfarande som ställde vissa krav på den som önskade bedriva fastighetsmäkleri. Auktorisationen erhöles hos handelskamrarna och det var också dessa som utövade tillsyn över de auktoriserade mäklarnas verksamhet. Eftersom auktorisationen var frivillig, och långt ifrån alla mäklare var auktoriserade, innebar det att samhällets kontroll av verksamheten blev mycket begränsad. Kungörelsen utgjorde endast en näringsrättslig reglering och under de följande årtiondena ökade kravet på en civilrättslig reglering. Främsta orsaken var att handelskamrarnas kontroll av mäklarna ansågs otillräcklig. Dessutom hade trycket på mäklarkåren ökat, de skulle nu bistå med så mycket mer än endast själva förmedlingen vilket även innebar att riskerna för köpare och säljare att skadas på grund av mäklarens handlande ökade. Ytterligare en orsak var att det under 1970-talet allt mer fokuserades på konsumentlagstiftning. Det ansågs nödvändigt att liknande regler även fanns för mäklarens verksamhet. Mot denna bakgrund tillsattes 1975 en kommitté, småhusköpskommittén, som fick i uppdrag att undersöka möjligheterna att lagreglera mäklarnas verksamhet. Kommitténs arbete ledde fram till ett betänkande⁵ som låg till grund för proposition 1983/84:16, vilken i sin tur resulterade i lag (1984:81) om fastighetsmäklare. I och med ikraftträdandet av 1984 års lag upphörde kungörelsen (1947:336) om auktorisation av fastighetsmäklare att gälla.⁶

1984 års lag innehöll både näringsrättsliga och civilrättsliga regler. Fastighetsmäklare tvingades nu att vara registrerade hos länsstyrelsen för att få vara verksamma. Dessutom uppställdes vissa behörighetskrav för att överhuvudtaget få registreras. Viktigast var kanske de civilrättsliga reglerna, som konkretiserade skyldigheterna för både köpare och säljare, samt vilket ansvar som vilade på mäklaren. En skadeståndsregel hade införts för skador som drabbar köpare och säljare som en följd av mäklarens verksamhet. Vidare ställdes det krav på att mäklaren skulle utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i enlighet med god fastighetsmäklarsed, vars innebörd skulle ges av rättspraxis och av branschorganisationerna.⁷

2.2.2 1995 års lag

Det dröjde inte länge innan kritiska röster höjdes mot 1984 års lag. Främst riktade sig missnöjet mot att lagens åsyftade effekt hade uteblivit. Kritikerna

⁵ SOU 1981:102.

⁶ Prop. 1983/84:16 s. 6, 9; Broström s. 14 f.

⁷ Cervin s. 15; Broström s. 15.

var speciellt missnöjda med länsstyrelsernas tillsyn och hur avsaknaden av en närmare definition av begreppet god fastighetsmäklarsed medfört problem för både säljare och köpare. Vidare hade man inte helt lyckats undanröja problemet med att mindre kvalificerade personer verkade som fastighetsmäklare.⁸ Synpunkterna medförde att det till sist framlades en proposition⁹ med förslag på förändringar och införandet av en ny fastighetsmäklarlag. Lagen trädde i kraft 1 oktober 1995.

Lagens syfte är att ge ett ökat skydd för enskilda som anlitar fastighetsmäklare. En förbättrad tillsyns- och registreringsfunktion skall bidra till detta. Den nya lagen skall i samma utsträckning som 1984 års lag vara tvingande till förmån för konsumenter. Detta kommer till uttryck i 4 § FML som föreskriver att reglerna i FML inte får frångås till nackdel för en konsument som köper en fastighet för enskilt bruk eller som säljer en fastighet som denne har innehaft för personligt bruk. Med konsument menas, liksom i övrig konsumentlagstiftning, privatperson som handlar för eget bruk.¹⁰

Lagen består av tre huvudavdelningar; allmänna bestämmelser (1-4 §§), en näringsrättslig del (5-10 §§) samt den civilrättsliga avdelningen (11-23 §§). I den allmänna delen avgränsas lagens tillämpningsområde. Lagen är enligt 1 § tillämplig på fysiska personer som yrkesmässigt förmedlar bland annat fastigheter. Lagen gäller även fastigheter belägna utomlands om en väsentlig del av mäklarens uppdrag utförts i Sverige, 3 §. Den näringsrättsliga delen skiljer sig inte nämnvärt från 1984 års lag, störst vikt har lagts på tillsyns- och registreringsverksamheten. En följd av detta är införandet av Fastighetsmäklarnämnden som omhändertar registrering och tillsyn av fastighetsmäklare, 5, 7 §§. För att en person skall kunna registreras som mäklare ställs vissa krav som anges i 6 §. En av nyheterna är att det införts ett uttryckligt redbarhetsrekvisit i 6 § 5 p. Lagstiftaren har i 10 § även infört ett straffansvar för personer som verkar som mäklare utan att vara registrerade. Reglerna är ett led i strävan att försöka säkerställa kvaliteten på mäklarverksamheten. Den civilrättsliga delen präglas av hur mäklaren skall utföra sitt uppdrag. Även i denna del lyser konsumentskyddsaspekterna igenom. Uppdragsavtalet skall enligt 11 § vara skriftligt och inga andra villkor än de som omfattas av avtalet får åberopas av mäklaren. Observera att denna skyldighet endast tillkommer mäklaren, således får uppdragsgivaren åberopa muntliga överenskommelser. Regeln skall fungera som ett incitament för mäklaren att skriftligt reglera alla delar av uppdragsavtalet.¹¹ Störst uppseende och diskussion har bestämmelsen om mäklarens opartiskhet i 12 § väckt.¹² I vissa situationer har direkta förbud införts för mäklaren i utförandet av verksamheten. Vad gäller god

⁸ Ds 1992:87 s. 15 f.

⁹ Prop. 1994/95:14.

¹⁰ A.a. s. 1; prop. 1983/84:16 s. 29.

¹¹ Prop. 1994/95:14 s. 74.

¹² Se 4.2.

fastighetsmäklarsed gjordes inga förändringar, begreppet skall även i fortsättningen utvecklas och preciseras genom praxis.¹³

¹³ Zacharias s. 23; Broström s. 15 f.

3 Mäklarbranschen och tillsyn

Det finns ett flertal sammanslutningar där fastighetsmäklare kan organisera sig. Genom denna samverkan kan framförallt de mindre mäklarföretagen hävda sig och utnyttja de fördelar det medför att ingå i en större verksamhet. Samarbetet går till stor del ut på att profilera sig och skapa fördelar i en tilltagande konkurrenssituation. Det finns inte anledning att i detalj redogöra för hur fastighetsmarknaden är organiserad.¹⁴ Men som en följd av att några mäklarorganisationer tar fram egna etiska regler, och härigenom bidrar till utvecklingen av begreppet god fastighetsmäklarsed, är det av intresse att redogöra för dessa. Majoriteten av alla fastighetsmäklare finns organiserade i Mäklarsamfundet och Fastighetsmäklarförbundet varför jag kommer att fokusera på dessa två.

Vidare skall jag kort redogöra för den tillsyn som reglerar mäklarens verksamhet. Inom de större organisationerna har det utarbetats en form av intern tillsyn. Det finns även en offentlig tillsynsmyndighet, Fastighetsmäklarnämnden, FMN, som efter både anmälning och på eget initiativ granskar mäklare. Även förvaltnings- och allmänna domstolar utövar tillsyn. De fyller vidare en viktig funktion när det gäller utveckling av god fastighetsmäklarsed. Till denna grupp har även Allmänna Reklamationsnämnden slutit sig, men då det ännu är fråga om försöksverksamhet lämnar jag det där hän.

3.1 Branschorganisationer och intern tillsyn

3.1.1 Mäklarsamfundet

År 1919 bildades Svenska Egendomsmäklare Föreningen och efter flera namnbyten, först Sveriges Fastighetsmäklares Riksförbund, följt av Auktoriserade Fastighetsmäklares Riksförbund och senare Sveriges Fastighetsmäklarsamfund, heter de sedan 1990 Mäklarsamfundet. Endast fysisk person som är registrerad som fastighetsmäklare hos FMN kan vara medlem. Antalet medlemmar i mars 2004 var ca 2 900.¹⁵ I mars 2004 fanns i Sverige 4 717 registrerade mäklare.¹⁶ Detta betyder följaktligen att ca 60 procent av alla registrerade mäklare är organiserade i Mäklarsamfundet vilket gör det till den största organisationen.¹⁷ Organisationen leds av en styrelse som utses på årsmötet. Dessutom finns en ansvarsnämnd och en auktorisationsnämnd i vilka det finns en opartisk ordförande samt representanter från branschen som inte är medlemmar i Mäklarsamfundet.

¹⁴ För en mer detaljerad genomgång av branschen se Zacharias s. 28 ff.

¹⁵ Uppgift från Mäklarsamfundet Service via telefon 2004-03-17.

¹⁶ Uppgift från FMN via telefon 2004-03-19.

¹⁷ Zacharias s. 29.

Styrelsen, som också fungerar som disciplinnämnd kan utdela varningar eller besluta om uteslutning.¹⁸

Mäklarsamfundet erbjuder sina medlemmar en auktorisation vilket kräver att medlemmen dels är ledamot av Mäklarsamfundet, dels har minst tre års erfarenhet av mäklaryrket, samt dels blir godkänd av Mäklarsamfundets auktorisationsnämnd.¹⁹

3.1.2 Mäklarsamfundets ansvarsnämnd

I Mäklarsamfundets stadgar, 9 §, regleras den interna tillsynen. Enligt 9 § 2 p skall det finnas en ansvarsnämnd. Nämnden skall bedöma om en medlem förfarit felaktigt i sin yrkesutövning. Beslutar nämnden att medlem brutit mot samfundets etiska regler eller god mäklarsed skickas ärendet över till disciplinnämnden som kan besluta om disciplinära åtgärder. De sanktioner disciplinnämnden kan använda sig av är erinran, varning samt uteslutning ur Mäklarsamfundet.²⁰

3.1.3 Fastighetsmäklarförbundet

Fastighetsmäklarförbundet, FMF, är det andra stora förbundet. Förbundet bildades 1957 men hette då Aktiva Svenska Fastighetsmäklares Förbund. Syftet med organisationen var att sträva efter att ett samhällsorgan och inte en privat sammanslutning skulle legitimera yrkesutövarna och handha kontrollen av deras verksamhet. Sitt nuvarande namn fick förbundet 1993. FMF organiserar ca 1100 mäklare, av dessa har ca 350 genomgått förbundets interna utbildning och blivit auktoriserade.²¹ Auktorisationen kräver att medlemmen har minst tre års erfarenhet och därefter genomgått fyra auktorisationskurser. Organisationen är uppbyggd som en riksorganisation och leds av en förbundsstyrelse. Förutom att de arrangerar kurser, studiebesök och informationsmöten fungerar de även som remissinstans och lobbyorganisation. Dessutom är de delaktiga i att utveckla begreppet god fastighetsmäklarsed. Inom FMF finns även en auktorisations- och disciplinnämnd.²²

3.1.4 Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd

Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd, FRN, bildades på initiativ av FMF 1965. Även om nämnden finansieras av FMF är den fristående och drivs av opartiska fackmän. Ordförande skall vara lagfaren domare, vidare finns en lantmätare, en byggnadsingenjör, en försäkringskonsult och en fastighetsmäklare. Nämnden bildades i första hand för att granska FMFs

¹⁸ SOU 1999:35 s. 29.

¹⁹ 7 § Mäklarsamfundets stadgar 2004.

²⁰ Ankarswed s. 18.

²¹ Uppgift från FMF via telefon 2004-03-19.

²² SOU 1999:35 s. 28; Ankarswed s. 18.

medlemmar men eftersom den är obunden kan den även pröva tvister avseende mäklare som inte tillhör FMF. FRN behandlar i huvudsak tvister vid fastighetsköp angående fel i fastighet, tvister mot mäklare rörande dennes ansvar för hur uppdraget utförts samt anmälningar mot mäklare som eventuellt gjort avsteg från god mäklarsed eller yrkesetiska principer. Nämnden behandlar bland annat inte tvister som uppkommer mer än två år efter att avtal ingåtts, tvister som förts till allmän domstol eller ärenden som kräver annan bevisning än skriftlig.²³

Nämndens utlåtande är en rekommendation, vilket innebär att den förlorande parten inte är tvingad att följa beslutet. Däremot är parterna oförhindrade att låta domstol pröva tvisten i efterhand. Frågan är om domstolarna fäster vikt vid FRNs rekommendationer, vilket, om så vore fallet, skulle kunna innebära att det är lämpligare att direkt pröva tvisten i domstol. Mäklare ansluten till FMF har förbundit sig att följa FRNs rekommendationer vilket medför att beslut som innebär att mäklare som agerat mot god fastighetsmäklarsed eller på annat sätt brutit mot sina förpliktelser hänförs till FMFs disciplinnämnd. Mäklaren kan då varnas eller uteslutas ur förbundet.²⁴

3.2 Tillsynsverksamhet

3.2.1 Fastighetsmäklarnämnden

Genom införandet av 1995 års lag skapades en ny tillsynsmyndighet, Fastighetsmäklarnämnden. 7 § FML lyder:

”Tillsyn över de fastighetsmäklare som är registrerade enligt 5 § utövas av Fastighetsmäklarnämnden. Nämnden skall se till att fastighetsmäklarna i sin verksamhet iakttar sina skyldigheter enligt denna lag.

En registrerad mäklare är skyldig att låta Fastighetsmäklarnämnden granska akter, bokföring och övriga handlingar som hör till verksamheten samt att lämna de uppgifter som begärs för tillsynen”.

Tidigare sköttes tillsynen av länsstyrelserna. Det var även länsstyrelsen som skötte registreringen av mäklare. Registreringen, som är en grundförutsättning för allt annat arbete med mäklarfrågor, tog allt större utrymme i takt med att antalet mäklare ökade. Detta medförde att tillsynsverksamheten fungerade otillräckligt. Inför översynen av 1984 års lag framfördes därför förslag om en förändring på tillsynssidan.²⁵ Efter olika förslag om bland annat utökad branschtillsyn som ledde till stor oenighet, framförde regeringen slutligen ett förslag om inrättandet av en särskild nämnd som skulle sköta tillsyns- och registreringsfrågor,

²³ Cervin och Sallnäs s. 109 f.

²⁴ Ankarswed s. 18 f.

²⁵ Ds 1992:87 s. 31 ff.

Fastighetsmäklarnämnden.²⁶ Nämnden utgör en självständig myndighet, dock bestämdes att kansligöromål samt tillhandahållande av personal för handledning av nämndärenden skulle skötas av Kammarkollegiet.²⁷ På grund av bristande effektivitet beslutades att nämnden från och med 1 januari 1999 skulle utgöra en nämndmyndighet med egen myndighetschef och eget kansli.²⁸

Nämndens sammansättning regleras i förordning (1998:1808) med instruktion för Fastighetsmäklarnämnden (FiF). Nämnden skall bestå av en ordförande, en vice ordförande samt högst sex andra ledamöter. Ordförande och viceordförande skall vara jurister.²⁹ Vad gäller övriga ledamöters kvalifikationer ger förordningen ingen vägledning. Men propositionen till 1995 års mäklarlag anför att det i nämnden bör ingå ledamöter med särskild insikt i de frågor som nämnden skall syssla med. Vidare sägs att nämnden bör få en sådan sammansättning att dess majoritet utgörs av ledamöter som inte representerar något visst partsintresse.³⁰ Regeringen beslutar om anställning av nämndens ordförande.³¹ Nämndens vice ordförande samt övriga ledamöter utses av regeringen för en bestämd tid.³²

FMNs uppgift består dels i utredande av inkomna anmälningar och klagomål mot mäklare, dels i att på eget initiativ bevaka och följa upp de lokala förhållandena på mäklarområdet. För att tillsynen skall fungera så effektivt som möjligt krävs att nämnden vid behov kan samarbeta med andra myndigheter, mäklarorganisationer och Konsumentverket som alla kan bidra med expertis. Enligt 7 § FML anges att tillsynen endast gäller de registrerade mäklarna. På så sätt faller svartmäklare och andra inte registrerade mäklare utanför tillsynen. För att hindra verksamhet av detta slag åligger det FMN att, i den mån det kommer till dess kännedom, anmäla verksamheten till åtal.³³ Nämnden kan enligt 8 § FML återkalla registreringen för de mäklare som inte följer sina skyldigheter enligt lagen. I fall där det kan anses tillräckligt får nämnden istället meddela varning. Nämndens beslut kan, i egenskap av förvaltningsbeslut, överklagas till länsrätt. För vidare prövning i kammarrätt krävs prövningstillstånd.³⁴

3.2.2 Allmän domstol

I FMN och i förvaltningsdomstolarna prövas endast de näringsrättsliga frågorna. Tvister som rör ersättningsanspråk däremot, är hänvisade till de allmänna domstolarna. Detta förhållande, att samma agerande hos en

²⁶ Prop. 1994/95:14 s. 23.

²⁷ Prop. 1994/95:14 s. 27 f.

²⁸ SOU 1999:35 s. 9.

²⁹ 2 § FiF.

³⁰ Prop. 1994/95:14 s. 25.

³¹ 13 § FiF.

³² 14 § FiF.

³³ Prop. 1994/95:14 s. 27.

³⁴ 9 § FML.

mäklare kan bli föremål för bedömning i såväl förvaltnings- som allmän domstol, kan i vissa tillfällen medföra ett resultat där samma omständigheter bedöms på olika sätt. En mäklare som i allmän domstol blir skyldig att utge skadestånd eftersom han exempelvis underlåtit att upplysa köparna om deras undersökningsplikt, kan i förvaltningsdomstol helt gå fri från påföljd. Denna diskrepans kan uppstå eftersom förvaltningsdomstolarna inte är bundna av den bevisprövning som sker i de allmänna domstolarna. En annan sak är att en lagakraftvunnen dom från en allmän domstol väger tungt vid prövningen, men som sagt, den är inte bindande. Zacharias kritiserar detta förhållande och menar dels att domstolarnas trovärdighet riskerar att minska i förhållande till allmänheten, dels att mäklarna försätts i ett osäkert läge. Dessa kan inte av en civildom förutse hur utgången i ett förvaltningsrättsligt mål kommer bli.³⁵

³⁵ Zacharias s. 150 ff.

4 Fastighetsmäklarens rättsliga ställning

Det som främst skiljer den nuvarande fastighetsmäklarlagen från 1984 års lag är synen på mäklaren som en opartisk mellanman. Vilken roll skall mäklaren spela gentemot sin uppdragsgivare och dennes motpart? Åsikterna har varit delade och bestämmelsen om mäklarens opartiskhet har skapat stor oenighet.

I detta kapitel avser jag att först ge en redogörelse för mellanmansrätten och var, inom detta område, mäklaren placerar sig. Jag kommer sedan mer ingående belysa synen på mäklaren som en opartisk mellanman.

4.1 Allmänt om mellanmansrätt

Mellanmanshandlandet karaktäriseras av att mellanmannen företar rättshandlingar för någon annans räkning, huvudmannen. Parten på motsatt sida benämns tredje man men utgör likväl den verkliga avtalsparten i det avtal som skall ingås. En förutsättning för att man skall kunna tala om ett mellanmanshandlande är att huvudmannen handlar enligt en viljeförklaring avgiven av huvudmannen. Det finns dock inget krav på att denna viljeförklaring måste vara uttrycklig, den kan mycket väl anses vara given konkludent.³⁶

Det finns flera typer av mellanmän, gemensamt för dem alla är att de i princip är att se som sysslomän. Reglerna för sysslomän finns i det ålderdomliga 18 kapitlet i handelsbalken. Visserligen har kapitlets praktiska betydelse minskat i och med tillkomsten av senare lagstiftning, ett exempel är fullmaktskapitlet i avtalslagen, men det är trots det inte helt ointressant då det fungerar som ett komplement till nyare regleringar vad avser förhållandet mellan huvudman och syssloman.³⁷

Under benämningen syssloman, som utgör en allmän beteckning, ryms flera specifika mellanmän. Dessa är klart urskiljbara från varandra. Den enklaste formen av mellanled utgörs av *budet* som ibland hålls utanför mellanmansrätten eftersom ett bud inte har förmåga att binda sin huvudman.³⁸ Meddelande genom bud regleras i 32 § 2 st AvtL.

Fullmäktigen och kommissionären utgör exempel på den kanske mest typiska mellanmannen. Fullmäktigen har till skillnad från budet rätt att ingå

³⁶ Tiberg & Dotevall s. 14 f.

³⁷ A.a. s. 17.

³⁸ A.a. s. 38.

bindande avtal för sin huvudmans räkning.³⁹ Då det inte är fullmäktigen som är att se som avtalspart svarar denne inte enligt avtalslagens regler. Huruvida den fullmäktige skall hållas ansvarig för uppkommen skada bedöms enligt de utomobligatoriska skadeståndsreglerna.⁴⁰

Kommissionären skiljer sig från fullmäktigen på så sätt att kommissionären avtalar i eget namn, dock för kommittentens räkning. Den viktigaste konsekvensen blir att tredje man uppfattar kommissionären som avtalspart. Detta får betydelse för ansvarsfrågan eftersom kommissionären följaktligen svarar enligt avtalsrättsliga och köprättsliga regler.⁴¹

Rollen som fastighetsmäklare innebär att mäklaren agerar som mellanman i förhållande till köpare och säljare, men frågan är under vilken kategori av mellanmän han skall placeras? Denna fråga besvaras i det följande kapitlet.

4.2 Fastighetsmäklaren som mellanman

Mäklaruppdraget innefattar en mängd skilda uppgifter. Den främsta uppgiften torde vara att föra parterna samman så att avtal om försäljning kan ingås. Mäklaren har enligt 21 § FML rätt till ersättning som beräknas efter viss procent på köpeskillingen. Detta faktum medför att mäklaren gärna också fungerar som en förmedlare som strävar efter att parterna kommer överens.⁴²

Huruvida fastighetsmäklare bör ses som en självständig typ av mellanmän eller om de faller in under någon av de övriga mellanmanstyper jag ovan redogjort för, är en fråga som ägnats stor uppmärksamhet i äldre nordisk litteratur. Det kan slås fast att mäklarverksamheten har inslag som kan hänföras till var och en av de angivna mellanmanstyperna. Det vill säga kommissionären, fullmäktigen och till viss del även budet utan att verksamheten för den sakens skull kan sägas tillhöra någon av de specifika grupperna. Mot bakgrund av det ovan sagda slår Fehr⁴³ fast att det är fråga om ett särskilt rättsinstitut, skilt från övriga mellanmansgrupper. Braekhus är av samma åsikt. Han pekar på skillnaderna mellan mäklare och övriga mellanmän och framhåller särskilt möjligheten för en mäklare att ta uppdrag från båda sidor i ett uppdragsförhållande. Dessutom anför Braekhus att mäklaren sällan står i ett varaktigt förhållande till endast en uppdragsgivare, vilket tydligt skiljer mäklaren från exempelvis kommissionären eller agenten.⁴⁴

³⁹ För mer information om bundenhet och ogiltighetsregler se exempelvis Tiberg & Dotevall s. 42 ff.

⁴⁰ Broström s. 31.

⁴¹ Tiberg & Dotevall s. 87.

⁴² A.a. s. 141.

⁴³ Fehr SvJT 1925 s. 89, s. 90.

⁴⁴ Braekhus s. 14 f.

Småhusköpkommittén har vid avgörandet av vilken slags mellanman fastighetsmäklaren skall anses utgöra, lagt vikt vid om det föreligger ”identifikation” mellan mäklaren och dennes uppdragsgivare.⁴⁵ I flertalet mellanmanssituationer förekommer det ett mer eller mindre starkt beroendeförhållande till den som är uppdragsgivare. I sådana situationer är det naturligt att identifiera mellanmannen med huvudmannen, så är fallet bland annat i kommissionsförhållanden. När det gäller fastighetsmäklaren uppstår vanligtvis inte ett sådant beroendeförhållande. Huvudmannen uppsöker normalt mäklaren för att få hjälp med en engångsaffär. Oftast känner inte uppdragsgivaren mäklaren på förhand och har heller inte några kunskaper om dennes skicklighet och kvaliteter. Detta medför att man i de flesta fall inte kan identifiera mäklaren med dennes huvudman.⁴⁶

Väljer man att å ena sidan se mäklaren som fullmäktig kan uppdragsgivaren komma att drabbas av ett långtgående ansvar som inte kan anses förenligt med det syfte varför man anlitar en mäklare. Huvudmannen skulle i ett sådant tillfälle kunna hållas ansvarig för oriktiga uppgifter och utfästelser mäklaren självständigt lämnar till exempelvis köparen. Väljer man å andra sidan att betrakta mäklaren som ett bud, är det istället uppdragsgivarens motpart som hamnar i en svag ställning gentemot mäklaren. Så förhåller det sig eftersom motparten måste visa att uppgiften inte härrör från uppdragsgivaren utan att det istället är mäklaren som självständigt har lämnat uppgiften. Slutsatsen av ovanstående blir enligt kommittén att det är svårt att inordna mäklaryrket under någon existerande mellanmansgrupp och att det därför ligger närmast till hands att betrakta mäklaren som en självständig mellanmansfigur, dock med drag av andra mellanmanstyper.⁴⁷

4.2.1 Opartisk mellanman

En viktig nyhet när den nya fastighetsmäklarlagen kom 1995 var lydelsen i 12 § 1 st:

”Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iakttä god fastighetsmäklarsed. Mäklaren skall därvid tillvarata både säljarens och köparens intresse.”

I och med införandet av den andra meningen gavs uttryck för vad som i förarbetena till den nya lagen benämns som den opartiske mellanmannen. Man kan dock fråga sig vad som menas med denna formulering? Var det en nyhet eller endast en kodifiering av redan gällande praxis?

I förarbetena till 1984 års lag diskuterades frågan huruvida mäklaren bör inta en ”allt igenom oberoende och opartisk ställning gentemot båda parterna”.⁴⁸ Denna åsikt framfördes av småhusköpkommittén som menade

⁴⁵ SOU 1981:102 s. 189.

⁴⁶ SOU 1981:102 s. 190.

⁴⁷ A.a. s. 190.

⁴⁸ Prop. 1983/84:16 s. 12.

att mäklaren så långt som möjligt skall försöka tillgodose båda parter intressen. Lagförslaget som kommittén lade fram hade följande lydelse:

”Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. Han skall bistå säljare och köpare med erforderliga råd och upplysningar och så långt möjligt söka tillgodose båda parter berättigade intressen.”⁴⁹

Föredragande statsråd höll med kommittén så till vida att när det gäller information om förhållanden som är av betydelse för parterna bör mäklaren tillgodose båda parter. Men när det gäller de rent affärsmässiga förhållandena, prisfrågan ges här som exempel, är det inte realistiskt att mäklaren skall kunna förhålla sig neutral. Det är naturligt att mäklaren har ett större intresse av att tillgodose den som lämnat uppdraget till honom. Vidare slog föredraganden fast att frågan om mäklarens roll i förhållande till parterna i varje enskilt fall bör bedömas mot bakgrund av god fastighetsmäklarsed.⁵⁰

Sammanfattningsvis kan sägas att mäklaren enligt 1984 års lag har skyldigheter gentemot både köpare och säljare men skall, när det gäller rent affärsmässiga överväganden, visa större hänsyn mot sin uppdragsgivare.

Inför översynen av den gamla fastighetsmäklarlagen togs frågan om mäklarens förhållande till parterna åter upp till behandling. I promemorian Ny fastighetsmäklarlag⁵¹, vände man sig mot den kritik Sveriges advokatsamfund hade framfört i anslutning till småhusköpkommittén. Samfundet menade att kommittén starkt överdrivit mäklarens möjlighet att uppträda som en obunden mellanman. Vidare ifrågasatte samfundet om det överhuvudtaget är eftersträvansvärt att önska total obundenhet och menade att erfarenhet talade mot möjligheten att tjäna två uppdragsgivare i situationer där deras intressen sinsemellan är oförenliga. Det är visserligen accepterat att mäklaren i många fall fungerar som en sakkunnig som både säljare och köpare skall kunna förlita sig på men när det gäller affärsmässiga överväganden måste det rimligen åligga mäklaren att i första hand bevaka sin uppdragsgivares intresse och att i varje fall inte uppträda som om han går motpartens ärenden. Uppdragsgivaren, fortsätter samfundet, har rätt att fordra att mäklaren lojalt uppfyller sina förpliktelser. Lämpligt vore om motparten genom egna rådgivare skaffar sig den tekniska och juridiska sakkunskap som behövs för att kunna ta ställning i olika frågor.⁵²

Enligt promemorian var det inga mäklarsammanslutningar som invände mot det förslag som kommittén framförde. Detta tolkas i promemorian som ett tecken på att mäklarens opartiska förhållningssätt ansågs vara väl förankrat i branschen. Det rörde sig följaktligen inte om något annat än ett klagande

⁴⁹ SOU 1981:102 s. 244.

⁵⁰ Prop. 1983/84:16 s. 13.

⁵¹ Ds 1992:87.

⁵² A.a. s. 54 f.

av vad som redan gällde. Vidare påpekas att det synsätt som framförs av advokatsamfundet gäller allmänt för tjänsteuppdrag, exempelvis i advokatverksamhet. Det anses som självklart att en klient har rätt att kräva fullständig lojalitet av sin advokat och som en följd härav är det naturligt att motparten anlitar juridisk hjälp för att kunna hävda sina intressen. Fastighetsmäklarens roll bottnar i sammanförandet av två parter men har med tiden utvecklats till att omfatta även andra uppgifter som underlättar för parterna att träffa avtal. Detta betyder dock inte, enligt promemorian, att mäklarens ställning som opartisk mellanman har övergivits. Det är istället viktigt att mäklaren har en roll som båda parter kan förlita sig på. För att undanröja tvivel som kan uppstå i fall då mäklaren ser sig som ombud för den ena parten, bör det uttryckligen anges i lagtexten att mäklaren skall iakttä både köpare och säljares intresse.⁵³

Promemorians förslag om den alltigenom opartiske mellanmannen möttes av massiv kritik från flera remissinstanser, i vart fall vad avser den rent affärsmässiga delen av uppdraget.⁵⁴ Dessa menade att mäklaren i första hand bör tillgodose sin uppdragsgivares intressen. Regeringen⁵⁵ framhöll också vikten av att mäklaren så långt som möjligt intar en neutral roll som opartisk mellanman men betonade även, i enlighet med flera remissinstanser, att det inte i detta ligger några motsättningar mot att mäklaren i rent affärsmässiga överväganden stöder sin uppdragsgivare i större utsträckning än dennes motpart. Mäklarens roll som mellanman utgör inget hinder. Denne är fortfarande bunden av god fastighetsmäklarsed och kan inte frångå denna för att tillgodose sin uppdragsgivares intressen. Dessutom är mäklaren skyldig att sanningsenligt svara på frågor som motparten ställer om olika sakförhållanden.⁵⁶

Paragrafens nya lydelse motiveras, enligt regeringen, av ett behov av klargörande. Syftet med det första stycket är att markera mäklarens speciella ställning som mellanman. Detta görs dels genom att det nu anges att mäklaren *i allt* skall iakttä god fastighetsmäklarsed, inte endast vid fullgörandet av de enskilda förmedlingsuppdragen utan även i andra sammanhang. Dels genom andra meningen som stadgar skyldigheten för mäklaren att tillvarata både säljarens och köparens intresse. Med införandet av ordet *därvid* avses att markera att skyldigheten enligt andra meningen är begränsad till att gälla inom ramen för vad som följer av god fastighetsmäklarsed.⁵⁷

Skillnaden mellan den gamla paragrafen och nuvarande 12 § är av vad som framgått ovan inte stor. De försök som gjordes i promemorian att ytterligare betona mäklarens opartiskhet föll till marken efter omfattande remisskritik. Synen på mäklarens opartiskhet verkar inte ha genomgått någon stor

⁵³ Ds 1992:87 s. 56 f.

⁵⁴ För mer ingående diskussion om kritiken se 4.2.2.

⁵⁵ Prop. 1994/95:14.

⁵⁶ A.a. s. 41 f.

⁵⁷ Prop. 1994/95:14 s. 76.

förändring. Den är fortfarande beroende av vad som utgör affärsmässiga överväganden och god mäklarsed. Vad som dock är en viktig och betydelsefull skillnad är att kravet på att mäklaren skall vara opartisk nu står uttryckligen i lagen. Detta kan ha betydelse för hur, bland andra, konsumenterna uppfattar sin ställning gentemot mäklaren.⁵⁸

Hanberger är kritisk till utformningen av paragrafen.⁵⁹ Hon understryker vikten av att var och en ur lagrummet skall kunna utläsa vad som gäller. Den oinvigde som läser paragrafen kan lätt få intrycket av att mäklaren är skyldig att i lika stora delar tillvarata både köpare och säljares intressen. Hanberger anser att stadgandet är otydligt eftersom lydelsen inte ens antyder att räckvidden av mäklarens opartiskhet är begränsad till god fastighetsmäklarsed och att en reservation finns vad gäller rent affärsmässiga frågor. Är detta verkligen en korrekt slutsats att dra? I sin argumentation menar hon att ordet därvid skulle hänvisa till god mäklarsed endast är en efterhandskonstruktion för att dämpa kritiken mot bestämmelsen. Men enligt min mening är det svårt att tolka ”därvid” som någonting annat än en hänvisning till god mäklarsed. Det framstår för mig som klart att mäklaren, i sin verksamhet, skall tillvarata både säljares och köparens intresse och att mäklarens verksamhet skall utföras omsorgsfullt och i enlighet med god fastighetsmäklarsed. Däremot är jag enig med Hanberger när det gäller undantaget avseende affärsmässiga frågor. Detta undantag framgår överhuvudtaget inte av lagrummet. För att få en klar bild av bestämmelsen får man vända sig till förarbetena som fungerar som en vägledning för hur lagrummet skall tolkas.

4.2.2 Synen på mäklaren som opartisk mellanman

Oenigheten om vilken roll mäklaren bör ha i förhållande till parterna är stor. Mäklarsamfundet är den mäklarorganisation som hårdast av alla drivit frågan om mäklaren som opartisk mellanman. De hävdar att de lutar sig mot en långvarig praxis och sedvänja inom branschen när de säger att mäklaren i egenskap av medlare skall vara opartisk. Det görs dock undantag för fastställandet av priset på objektet.⁶⁰ Således menar samfundet att det inte är fråga om införandet av ny praxis, redan 1984 års lag krävde att mäklaren i hög grad tillvaratog båda parternas intressen. Som framgår ovan⁶¹ har Mäklarsamfundet sitt ursprung i Auktoriserade Fastighetsmäklares Riksförbund, AFR. För de mäklare som valde att auktorisera sig och organisera sig i AFR utformade organisationen etiska riktlinjer. Dessa riktlinjer förespråkade objektivitet och skyldighet att i bästa mån tillvarata så väl säljares som köparens intresse.⁶² Mäklarsamfundet har alltså under lång tid argumenterat för mäklarens opartiskhet. Men det är kanske för

⁵⁸ Hanberger SvJT s. 560, 566.

⁵⁹ Hanberger SvJT s. 560, s. 566.

⁶⁰ Zacharias s. 216; Mäklarsamfundets yttrande, 1992-12-14, diarienumr 92-3250 i remissammanställning Ju Dnr 92-3250.

⁶¹ Se kap. 3.1.

⁶² SOU 1981:102 s. 269.

kraftfullt att hävda att mäklarens opartiskhet utgör sedvana. Auktorisationen var frivillig och det var endast de auktoriserade som förband sig att följa riktlinjerna. Det ligger därför närmare till hands att påstå att Mäklarsamfundets ställningstagande görs med hänvisning till de egna förhållningsreglerna.

Tillsammans med Sveriges Advokatsamfund⁶³ har bland andra Sveriges Aktiva Fastighetsmäklares Riksförbund, SAF, ställt sig kritiska till införandet av begreppet ”opartisk mellanman”. SAF intar en betydligt mer säljarvänlig ställning och hävdar att förslaget ”bygger på den orimliga grundsynen, att fastighetsmäklaren skall uppträda som en i princip opartisk mellanman”.⁶⁴ Man anser att det är rimligare att mäklaren istället ses som ett ombud för endera parten.

Advokat Claude Zacharias är en av bestämmelsens starkaste motståndare. Han anser att paragrafen är mycket olämplig då ”den kräver det omöjliga av en i dag redan utsatt yrkesgrupp”.⁶⁵ Zacharias hävdar att mäklarens skyldighet att i vissa situationer vara opartisk framgick redan av 1984 års lag och genom god fastighetsmäklarsed. Detta var fullt tillräckligt för att tillgodose köparens behov. Genom att lagstifta på det sätt som nu har skett i 1995 års lag har lagstiftaren med hjälp av redan självklara och direkt, eller indirekt, reglerade förhållanden försökt att ålägga mäklaren en större opartiskhet än vad som är skäligt.⁶⁶

Faktum kvarstår, 12 § FML ålägger mäklaren en plikt att tillvarata både köparens och säljarens intressen. Zacharias uttryckte bekymmer för att det nya stadgandet skulle medföra konsekvenser som var till nackdel för konsumenterna. En av dessa farhågor var att säljare i större utsträckning skulle välja att försälja fastigheten på egen hand eller att ombud skulle komma att användas i allt större utsträckning. Det har ännu inte kunnat fastslås att misstankarna har haft fog för sig.⁶⁷ Det torde vara en svår uppgift att försöka visa att antalet fastighetsförsäljningar som sker i privat regi, jämfört med mäklarförsäljning, har ökat med tanke på att fastighetsmarknaden i sig är rörlig och oftast beroende av konjunkturer.

⁶³ För Advokatsamfundets åsikt har redogjorts ovan, se 4.2.1.

⁶⁴ Zacharias SvJT 1994 s. 561, 565.

⁶⁵ A.a. s. 567.

⁶⁶ Zacharias s. 218 ff.

⁶⁷ A.a. s. 214.

5 Skadeståndsansvaret – objektiva förutsättningar

Följande del får anses utgöra inledning till uppsatsens kärna. Mäklarens skadeståndsansvar är först och främst beroende av att de objektiva ansvarsförutsättningarna är uppfyllda.

5.1 Allmänt om mäklarens skadeståndsansvar

Fastighetsmäklarens skadeståndsansvar regleras i 20 § FML. Paragrafen överfördes i princip oförändrad från 1984 års lag. Då det i den nya lagen infördes nya bestämmelser som utökade mäklarens skyldigheter, till exempel stadgandet i 12 § om mäklarens opartiskhet, utökades följaktligen skadeståndsansvaret i motsvarande mån. I övrigt har en språklig justering gjorts samt att paragrafen har anpassats till de ändrade paragrafnumreringarna. Paragrafens första stycke har följande lydelse:

”Om fastighetsmäklaren uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter sina skyldigheter enligt 11-19 §§, skall han ersätta skada som till följd av detta drabbar köparen eller säljaren. Om det är skäligt, kan skadeståndet sättas ned eller helt falla bort.”

Andra stycket reglerar mäklarens regressrätt och kommer av utrymmesskäl inte att behandlas här.

För att ett skadeståndsansvar skall bli aktuellt krävs, förutom att skada skall ha uppkommit och att denna skall vara en adekvat följd av mäklarens handlande, att åsidosättandet har skett genom antingen aktivt handlande eller underlåtenhet att handla. Vidare krävs att mäklaren handlat eller låtit bli att handla med uppsåt eller genom oaktsamhet. Enligt propositionen förutsätts inte att oaktsamheten är grov eller på annat sätt kvalificerad. Dock kommer bagatellartade eller ursäktliga misstag från mäklarens sida oftast inte anses som oaktsamma.⁶⁸

5.2 Skada

Mäklaren skall enligt vad som konstaterats ovan ersätta skada som drabbar köpare eller säljare till följd av mäklarens oaktsamhet. Vad menas då med skada?

Enligt förarbetena till 1984 års lag avses med skada ekonomisk skada.⁶⁹ Det är ett omfattande begrepp och innefattar i princip all slags ersättning av

⁶⁸ Prop. 1983/84:16 s. 42.

⁶⁹ A.a. s. 42 f.

skador med undantag för ideell skada. Mäklaren kan genom brister i sin verksamhet orsaka såväl sakskada som personskada men det absolut vanligast förekommande torde vara rena förmögenhetsskador. Dessa kan följa av exempelvis felaktig rådgivning eller brister i upplysningsskyldigheten.⁷⁰ Enligt 2 § 1 kap. SkL avses med ren förmögenhetsskada ”sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada”. Huvudregeln i svensk rätt är att ren förmögenhetsskada ersätts om den har orsakats genom brottslig handling, 2 § 2 kap. SkL. I princip är skadeståndslagen även tillämplig på kontraktsförhållanden dock är lagen såväl dispositiv som sekundär.⁷¹ Det innebär att lagen är tillämplig så länge inget annat avtalats eller följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Den begränsning som skadeståndslagen ger när det gäller rätten till ersättning för ren förmögenhetsskada finns inte inom kontraktsrätten. Här är istället principen att personer som ingått ett avtal med varandra har ett ansvar att arbeta för det man kommit överens om. Som en följd härav har de ett utvidgat ansvar för motpartens skador vilket även innefattar rena förmögenhetsskador.⁷²

Det kan ibland uppstå svårigheter med att bevisa uppkommen skada eller i vart fall visa att skadan är så omfattande att den berättigar till ersättning från mäklaren. När det gäller sak- eller personskador torde inte problem uppstå i någon större omfattning, däremot kan det vara svårare att visa att man lidit en ren förmögenhetsskada.

Broström har i sin bok hänvisat till ett avgörande där FRN argumenterar kring bedömningen om en skadas omfattning. Ärendet gällde en boendekostnads kalkyl som innehöll felaktigheter vilka medförde att köparna orsakades en merkostnad om 640 kr per år. Nämnden fann att denna ökning i förhållande till den totala köpeskillingen om 1,5 miljoner kr var försumbar.⁷³

Frågan är om det är rimligt att göra denna avgränsning? I det ovan nämnda fallet kan accepteras att 640 kr är försumbart. Men precis som Broström påpekar kan det vara olämpligt att sätta den uppkomna skadan i förhållande till köpeskillingen.⁷⁴ En skada kan, beroende på köpeskillingens storlek, alltid sägas vara försumbar. Istället borde bedömningen, om den skall göras överhuvudtaget, ske med utgångspunkt i den drabbades ekonomiska förhållanden. Jag har inte kunnat, i det i och för sig relativt begränsade rättsfallsmaterialet jag har tillgång till, finna exempel på att domstolarna har för vana att göra en bedömning i enlighet med den som FRN gjorde.

⁷⁰ Se fortsatta framställningen om mäklarens aktsamhetsnormer.

⁷¹ 1 § 1 kap. SkL.

⁷² Gullefors s. 60.

⁷³ Broström s. 118 se referat av FRN Dnr 231/91.

⁷⁴ A.a. s. 119.

5.3 Adevkat kausalitet

Ännu en förutsättning för att skadeståndsskyldighet skall kunna uppstå är att det föreligger kausalitet mellan den uppkomna skadan och den handling som förorsakade den. Det vill säga; det culpösa handlandet, som är en förutsättning för skadeståndsskyldighet, skall ha orsakat den uppkomna skadan.⁷⁵ Enligt Hellner kännetecknas det typiska och mest okomplicerade orsaksförhållandet genom att ”en händelse enligt naturens ordning eller samhällets inrättande drar med sig en annan händelse, dels också skadan inte skulle ha inträffat om inte denna händelse hade inträffat”.⁷⁶

Förutom att kausalitet skall föreligga krävs även att skadan är en adekvat följd av händelsen. Sannolikheten för skadans uppkommande skall ha ökats genom händelsen. Detta uttrycks annorlunda genom att en skada skall ligga i ”farans riktning”. Bedömningen av om sannolikheten skall anses ha ökat görs med hänvisning till vad en expert skulle kunna ha förutsett.⁷⁷

I **NJA 1991 s. 625** var frågan om mäklaren orsakat skadan. Omständigheterna var följande. Käranden i målet förvärvade 1986 en fastighet som hon ett och ett halvt år senare önskade sälja och istället överta sin fars fastighet. Käranden vände sig, tillsammans med sin far till en mäklare för de praktiska frågorna samt för rådfrågning beträffande eventuell realisationsskatt. Kärandens fastighet hade sedan köpetillfället nästan fördubblats i värde. Mäklaren uppgav på direkt fråga att några problem inte skulle uppstå eftersom käranden skulle få uppskov med reavinstskatten för all framtid. Efter en tid visade det sig dock att uppskov inte kunde lämnas eftersom käranden varit mantalsskriven på fastigheten mindre än tre år.

Käranden yrkade ersättning av mäklaren för skatten på realisationsvinsten samt restavgifter. Grunden för talan var att mäklaren uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosatt sina skyldigheter genom att inte fullgöra sin omsorgsplikt och inte iaktta god fastighetsmäklarsed. Mäklaren bestred yrkandet men vitsordade att skadeståndsskyldighet på grund av oaktsamhet i princip fanns. Grunden för bestridandet var att käranden inte lidit någon ersättningsgill ekonomisk skada eftersom käranden skulle ha sålt fastigheten i vilket fall som helst.

Tingsrätten konstaterade i sin bedömning att endast det förhållande att någon korrekt beskattas för realisationsvinst eller inte befinns vara berättigad till uppskov med beskattning, inte i sig kan anses utgöra en skada. Det som istället bör tillmätas vikt är, enligt tingsrätten, huruvida försäljningen kommit till stånd om käranden varit medveten om de korrekta uppgifterna. Vidare menar domstolen att en förutsättning är att reavinsten varit nödvändig för till exempel anskaffande av ny fastighet. Så var det inte i det här fallet och följaktligen förelåg ingen ersättningsgill skada.

Hovrätten lade endast vikt vid om käranden hade genomfört köpet medveten om skattekonsekvensen. Med hänvisning till förhör med käranden höll man för visst att köpet inte skulle ha genomförts och följaktligen hade käranden drabbats av skada.

Högsta domstolen fastställde hovrättens dom. Ingen av de två domstolarna krävde, till skillnad från tingsrätten, att käranden skulle visa att reavinstbeloppet var någonting man inte kunde klara sig utan.

Enligt ovan refererade rättsfall förefaller det vara så att utgångspunkten för att bedöma huruvida en skada skall anses vara adekvat orsakad är om

⁷⁵ Hellner & Johansson s. 195.

⁷⁶ A.a. s. 197.

⁷⁷ A.a. s. 203 ff.

köparen eller säljaren skulle ha fäst vikt vid skadan om den varit känd vid överlåtelsen. Den skadelidande skall visa att de inte skulle ha företagit dispositionen om de varit medvetna om konsekvenserna. Vad som har sagts nu gäller fall av skatterådgivning. Huruvida principen även kan tillämpas på annan form av rådgivning är osäkert då det inte finns några avgöranden som stödjer en sådan tillämpning.

6 Mäklarens skadeståndansvar – subjektiva förutsättningar

Det har ovan konstaterats att det för att mäklaren skall anses vara skadeståndsskyldig krävs att denne har handlat uppsåtligt eller oaktsamt. Vad är då oaktsamt? I propositionen sägs att frågan får avgöras med hänsyn till händelserna i det enskilda fallet och till hur en omsorgsfull mäklare skulle ha handlat i samma situation.⁷⁸ Som utgångspunkt gäller det att hitta en standard att jämföra handlandet med. Oaktsamhetsbedömningen bör därför ske i anslutning till de lagregler som finns på området och som anger vilka skyldigheter mäklaren arbetar under, det vill säga de aktsamhetsnormer som mäklaren skall ta hänsyn till.⁷⁹

Det faktum att det finns relativt specifika lagregler som preciserar det oaktsamma handlandet utesluter inte att en culpabedömning som tar hänsyn till olika omständigheter ändå skall göras.⁸⁰ Ursäktande omständigheter i det enskilda fallet kan medföra att agerandet inte är att se som oaktsamt eller att det endast är fråga om ringa sådan. Jag skall i detta kapitel först utreda vilka aktsamhetsnormer mäklaren har att rätta sig efter för att därefter undersöka hur culpabedömningen görs i praxis för att på så sätt se om det går att dra några generella slutsatser om vad som konstituerar oaktsamheten. Jag vill även påpeka att det i stor omfattning saknas prejudicerande avgörande, jag har därför valt att även redogöra för nämndpraxis samt domstolspraxis behandlad i doktrin.

6.1 Aktsamhetsnormer enligt lag och doktrin

6.1.1 Mäklarens omsorgsplikt

I 12 § FML stadgas att mäklaren skall utföra sitt uppdrag *omsorgsfullt*. Uttrycket är hämtat från 1984 års lag varför information om dess innebörd får hämtas ur den gamla lagens förarbeten. Innebörden av omsorgsplikten kan variera och får sitt innehåll beroende på det enskilda uppdragets omfattning. När det gäller det normala förmedlingsuppdraget definieras omsorgsplikten utifrån den omsorg seriösa fastighetsmäklare i allmänhet iakttar. En inte alltför talande beskrivning kan tyckas. Enligt propositionen innebär det i huvudsak att mäklaren skall fullgöra de förpliktelser som följer av lagens bestämmelser.⁸¹ Vad som egentligen menas kan tolkas på olika sätt. Omedelbart kan uttrycket förstås som om det endast är FML som avses.

⁷⁸ Prop. 1983/84:16 s. 42.

⁷⁹ Hellner & Johansson s. 125.

⁸⁰ A.a. s. 126.

⁸¹ Prop. 1983/84:16 s. 36.

Zacharias menar dock att förpliktelsen även innefattar övrig gällande rätt.⁸² Det får anses som det mest naturliga att lagstiftaren avsett att även övrig lagstiftning skall reglera mäklarens förpliktelser.

Vidare skall mäklaren, styrd av det enskilda uppdraget, fullfölja de sidoåtaganden som mäklaren åtagit sig att fullgöra, vare sig detta uttryckligen har överenskommit eller endast anses ligga i det specifika uppdraget. I omsorgsplikten innefattas även ett krav på tillbörlig skyndsamhet. Från kravet på skyndsamhet görs undantag när uppdraget endast gäller anvisning av spekulanter så länge uppdraget inte lämnats med ensamrätt eller skall ersättas med timarvode. Detsamma gäller följaktligen övriga inslag i mäklarverksamheten såsom rådgivning och kontraktsskrivning.

När en mäklare omhändertar klientmedel har denne, enligt omsorgsplikten, en skyldighet att hålla medlen räntebärande och avskilda från mäklarens egna tillgångar.⁸³ Denna skyldighet torde även åligga mäklaren enligt lag om redovisningsmedel.⁸⁴ I och med tillkomsten av den nya lagen infördes i 12 § ett nytt andra stycke. Häri stadgas att handpenningen omedelbart skall överlämnas till säljaren så länge inte ett avtal som säger annat finns. Det kan till exempel röra sig om att mäklaren har fått ett särskilt uppdrag att förvalta handpenningen i väntan på att ett villkor skall uppfyllas. Vid ett sådant tillfälle skall ett särskilt avtal upprättas mellan köpare och säljare.⁸⁵

Omsorgsplikten är svår att definiera när man försöker applicera den på mäklarens praktiska verksamhet. Oftast kan mäklarens plikter falla in under flera av de olika handlingsnormer som jag kommer att redogöra för. Som exempel på vad som kan omfattas av omsorgsplikten kan anges mäklarens skyldighet att bestämma ett skäligt utgångspris. Detta skall göras i samråd med säljaren och mäklaren skall vara realistisk i sin bedömning. Vidare har mäklaren en skyldighet att för uppdragsgivaren redovisa alla seriösa spekulanter. När så är gjort är det inget som hindrar mäklaren att rådgöra med uppdragsgivaren för att finna den bästa motparten.⁸⁶

Hur mäklarens omsorgsplikt förhåller sig gentemot god fastighetsmäklarsed råder det delade meningar om. Förarbetena ger inte mycket vägledning när det gäller förhållandet mellan omsorgsplikt och god fastighetsmäklarsed. I propositionen till såväl den gamla som den nya lagen nämns inget alls om detta förhållande. Vad som dock kan anföras är att småhusköpkommittén i sitt betänkande säger att mäklaren skall utföra sitt arbete omsorgsfullt och därvid iakttä god fastighetsmäklarsed.⁸⁷ Skall detta uttalande tillmätas betydelse ges omsorgsplikten ingen fristående roll som aktsamhetsnorm utan ingår i begreppet god fastighetsmäklarsed. Vänder man sig till

⁸² Zacharias s. 223.

⁸³ Prop. 1983/84:16 s. 36 f.; Zacharias s. 243.

⁸⁴ Lag (1944:181) om redovisningsmedel.

⁸⁵ Prop. 1994/95:14 s. 76.

⁸⁶ Zacharias s. 226, 234.

⁸⁷ SOU 1981:102 s. 116.

doktrinen menar Cervin, i enlighet med betänkandet, att omsorgsplikten innefattas i god fastighetsmäklarsed och således inte utgör någon självständig aktsamhetsnorm.⁸⁸ Zacharias, å andra sidan, menar att omsorgsplikten har en självständig betydelse när det gäller mäklarens ställning gentemot parterna. Den berör förhållandet mellan fastighetsmäklaren och uppdragsgivaren medan god fastighetsmäklarsed gäller mäklarens förhållande till bägge parter.⁸⁹ Man bör här hålla i tankarna vad som präglar 1995 års lag, nämligen synen på mäklaren som en opartisk mellanman. Är det då korrekt att tolka omsorgsplikten som en skyldighet endast mot uppdragsgivaren? Broström menar att Zacharias åsikter står i strid med lagens syfte, nämligen att mäklaren skall beakta köparens och säljarens intressen lika. I den aktuella paragrafens första stycke står "... skall utföra sitt *uppdrag* omsorgsfullt..." (min kursivering). Ordet *uppdrag* skall tolkas i den betydelse det har fått genom utvecklingen av mäklarens verksamhet. Uppdraget innebär inte längre endast uppdragsavtalet mellan mäklaren och säljaren utan skall tolkas i sin vidare mening. Det innebär att mäklaren, förutom att förmedla objektet, skall hjälpa bägge parter med övriga moment som ingår i ett husköp. Sålunda menar Broström att man inte kan, om syftet med den opartiska mellanmannen skall kvarstå, ge omsorgsplikten en helt självständig ställning som något som endast avser uppdragsgivaren. Istället fungerar omsorgsplikten som en precision av god fastighetsmäklarsed när det avser mäklarens uppförande gentemot parterna. Vad som skiljer dessa två aktsamhetsnormer från varandra är att omsorgsplikten gäller *inom* uppdraget medan god fastighetsmäklarsed skall gälla alla aspekter av en mäklares verksamhet.⁹⁰

Genom att studera praxis kan man se att domstolarnas och FMNs syn på omsorgsplikten överensstämmer med Broströms, vilket även min gör. Det har i en del fall konstaterats att mäklaren brustit i sin omsorgsplikt gentemot just köparen. Som ett exempel kan nämnas ett avgörande från FMN där en uppgift mäklaren lämnat ansågs vara oklar och vilseledande gentemot köparna. Nämnden ansåg att mäklaren brustit i sin omsorgsplikt. Enligt FMN gäller omsorgsplikten följaktligen gentemot båda parter.⁹¹

6.1.2 God fastighetsmäklarsed

12 § FML hänvisar, som tidigare konstaterats inte endast till mäklarens omsorgsplikt utan även till vad som kan karaktäriseras som den övergripande aktsamhetsnormen; god fastighetsmäklarsed. I föregående avsnitt konstaterade jag att det råder svårigheter i att precisera innebörden av omsorgsplikten. Detta gäller i ännu större utsträckning begreppet god fastighetsmäklarsed. Många anser att paragrafen, på grund av den vaga

⁸⁸ Cervin s. 49.

⁸⁹ Zacharias s. 224.

⁹⁰ Broström s. 132ff.

⁹¹ Zacharias s. 406 se referat av FMNs beslut 1997-03-05, Dnr 20-836-96.

formuleringen, närmast utgör en generalklausul när det gäller att bedöma mäklarens skadeståndsansvar.⁹²

För att god fastighetsmäklarsed inte endast skall vara ett innehållslöst begrepp är det nödvändigt att det finns en referenspunkt som en bedömning kan utgå ifrån. Enligt Braekhus skall bedömningen utgå från en objektiv måttstock. Det blir då en fråga om att avgöra om mäklaren agerat med den aktsamhet och kunskap som kan förväntas av de flesta mäklare. Utgångspunkten torde således vara hur en normalt aktsam mäklare skulle ha agerat i en viss situation.⁹³

Medan omsorgsplikten är begränsad att gälla inom uppdraget skall mäklaren iakttä god fastighetsmäklarsed *i allt*. Det omfattar alla situationer då mäklaren uppträder i sin yrkesroll, exempelvis i sin marknadsföring.⁹⁴ God fastighetsmäklarsed har en speciell karaktär jämfört med övriga aktsamhetsnormer då det ingenstans ges en definition av begreppet. Enligt förarbetena anses det ligga ett värde i att låta kraven på mäklaren vara flytande på så sätt att de tillåts utvecklas och förändras över tiden och inte vara fastlåsta genom detaljreglering i lag.⁹⁵ Utvecklingen av begreppet skall ske genom olika branschåtgärder, Konsumentverkets riktlinjearbete, tillsynsmyndighetens avgöranden samt avgörande i både allmän domstol och förvaltningsdomstol.⁹⁶ Vad som kan sägas om god fastighetsmäklarsed är att den innebär en skyldighet för mäklaren att informera båda parterna om dess innebörd och att mäklaren inte kan frångå god fastighetsmäklarsed för att tillgodose sin uppdragsgivares intressen, inte ens då dessa anses utgöra affärsmässiga överväganden.⁹⁷

6.1.2.1 Förhållanden av vikt för god fastighetsmäklarsed

I förarbetena till 1995 års lag har lagstiftaren, trots motviljan att vidare definiera begreppet god fastighetsmäklarsed, belyst vissa förhållanden som blivit särskilt uppmärksammade och skall ställas i relation till god fastighetsmäklarsed. Dessa redogör jag för nedan.

6.1.2.1.1 Oregistrerade medhjälpare

Vad som här utgör huvudfrågan är huruvida mäklaren genom delegation kan överföra vissa arbetsuppgifter rörande ett förmedlingsuppdrag till någon annan, exempelvis en anställd som inte är registrerad som mäklare. Utgångspunkten är enligt FML att den mäklare som mottager uppdraget också är den som ansvarar för verksamheten. Detta ansvar kvarstår även om han väljer att delegera delar av arbetet till en oregistrerad medarbetare.⁹⁸

⁹² Stiegler s. 57.

⁹³ Braekhus s. 272.

⁹⁴ Cervin & Sallnäs s. 68.

⁹⁵ Prop. 1983/84:16 s. 36 f.

⁹⁶ Prop. 1994/95:14 s. 40.

⁹⁷ A.a. s. 42.

⁹⁸ A.a. s. 43f.

Det bör här påpekas att straffansvaret i 10 § FML rörande svartmäklari inte aktualiseras i sådana här fall. För att så ska ske krävs att en person självständigt agerar mäklare utan varken utbildning eller registrering.⁹⁹ Frågan är då istället om parterna skall behöva acceptera att i vissa situationer vara hänvisade till en medarbetare som inte besitter samma kunskap som mäklaren?

En fastighetshandel är kanske den största affär en privatperson genomför och är allt annat än okomplicerad. Det är därför av oerhört stor vikt att som köpare, eller säljare, kunna förvänta sig att komma i kontakt med en kunnig fastighetsmäklare. Av den kontakt som sköts av annan än mäklaren måste det framgå att denna person agerar som ett bud och inte som den som utför mäklartjänsten eller ens en del av denna.¹⁰⁰

Det finns obligatoriska moment i mäklarens verksamhet som aldrig kan bli föremål för delegation inom ramen för god fastighetsmäklarsed. Mäklarsamfundets ansvarsnämnd har redogjort för vilka moment som de anser skall vara obligatoriska för mäklaren och vilka moment som kan delegeras. Mäklaren måste således personligen åta sig uppdraget. Vidare skall han medverka när pris och övriga överlåtelsevillkor fastställs. Dessutom skall han, innan köpehandlingarna undertecknas, gå igenom överlåtelseavtalet med parterna. Vad en medhjälpare, enligt Mäklarsamfundets ansvarsnämnd, skulle kunna få ansvara för är upprättande av boendekostnads kalkyl och objektsbeskrivning. Förutom detta kan en medhjälpare även visa ett objekt så länge det framgår att mäklaren är den ansvarige.¹⁰¹ Regeringen framför i huvudsak samma synpunkter i propositionen till 1995 års lag. Generellt kan sägas att sådana uppgifter som inte är direkt centrala för förmedlingsverksamheten kan, under vissa förutsättningar, delegeras. Delegationen skall ske uttryckligen, i varje enskilt fall, och måste ske till någon som mäklaren bedömer har tillräcklig kompetens. Vidare måste mäklaren ha kontroll över utförandet så att denne vid behov kan ingripa. Det måste även framgå tydligt vem som är den ansvarige mäklaren och att medhjälparen inte är något annat än just medhjälpare.¹⁰²

6.1.2.1.2 Skyldighet att redovisa spekulanter

Frågan är här huruvida mäklaren har en skyldighet att för säljaren redovisa alla spekulanter som visar intresse för fastigheten?¹⁰³ Man kan tänka sig situationer där mäklaren för egen vinnings skull undanhåller potentiella köpare för säljaren. Det kan exempelvis röra sig om fall där mäklaren inte redovisar en spekulant till förmån för en köpare som kan ge mäklaren ett nytt förmedlingsuppdrag genom att låta denne sälja sin tidigare bostad. Det finns även fall där mäklaren utan att konsultera sin uppdragsgivare valt ut

⁹⁹ Broström s. 28.

¹⁰⁰ Prop. 1994/95:14 s. 43.

¹⁰¹ Fastighetsmäklaren nr 3 1987 s. 15.

¹⁰² Prop. 1994/95:14 s. 45.

¹⁰³ Frågan berördes kort under avsnittet om omsorgslikt.

den spekulant som han ansett vara den mest lämpliga motparten. Mäklaren har en skyldighet att framföra alla meddelanden och bud som spekulanterna önskar skall nå säljaren. Det står klart att en mäklare, som för egen vinnings skull åsidosätter sin uppdragsgivares intresse handlar i strid med god fastighetsmäklarsed, detta gäller även om mäklaren handlar utan uppsåt att vilseleda uppdragsgivaren.¹⁰⁴

Vad menas då med spekulant? Enligt propositionen är det en fråga som måste besvaras utifrån varje enskilt fall. Vad som dock kan sägas är att en person som besöker en visning utan att ge sig till känna genom att till exempel lämna sitt namn eller telefonnummer, normalt inte är att anse som spekulant. Om en person däremot klargör ett konkret intresse och lämnar namnuppgift betraktas denne som spekulant.¹⁰⁵

6.1.2.1.3 Förmedling av lån

Den sista frågan som tas upp i motiven som särskilt intressant i förhållande till god fastighetsmäklarsed är förhållandet mellan mäklare och banker eller andra finansbolag. I fastighetsmäklarens uppdrag ingår att bistå köparen med de nödvändiga kontakterna med långgivare. Det har blivit allt vanligare att det mellan mäklaren och låneinstitutet träffas avtal som innebär att mäklaren får ersättning för förmedlande av lån till köparen. Dessa avtal gynnar inte endast mäklaren, låneinstitutet når på detta sätt kunder som de normalt inte skulle komma i kontakt med.¹⁰⁶

I mäklarens omsorgsplikt ligger ett ansvar för att köparen får låna på bästa möjliga villkor. I de situationer där mäklaren har ett egenintresse i att förmedla en viss kreditgivares lån ligger det mycket nära till hands att påstå att mäklaren inte, på ett tillfredsställande sätt, kan tillgodose köparens intressen. Vet en mäklare att han får särskild ersättning genom att hänvisa till en speciell låneförmedlare får man anta att viljan att föreslå andra kreditgivare minskar. Man kan även dra en parallell till skyldigheten att redovisa spekulanter. Det kan tänkas att mäklaren väljer att undanhålla en spekulant med stor kontantinsats till förmån för någon som tvingas låna ett större belopp. Sammanfattningsvis kan sägas att när mäklaren får särskild ersättning för att förmedla ett visst lån, förtroendet för dennes förmåga att genomföra uppdraget rubbas på ett allvarligt sätt. Det är tillräckligt för att handlingen skall stå i strid med god fastighetsmäklarsed. Det spelar således ingen roll om ersättningen är att se som ersättning för utfört arbete eller provision.¹⁰⁷ Följaktligen torde det inte finnas några situationer där det är i enlighet med god fastighetsmäklarsed att denna typ av avtal förekommer.

¹⁰⁴ Prop. 1994/95:14 s. 45 f.

¹⁰⁵ A.a. s. 46.

¹⁰⁶ A.a. s. 46.

¹⁰⁷ A.a. s. 47.

6.1.2.2 Kort om det tillitsbaserade ansvaret

Som jag har konstaterat är god fastighetsmäklarsed ett flytande begrepp som omfattar ett område större än det som regleras av FML. Utöver att ålägga mäklaren ett uppdragsansvar som preciseras genom skyldigheterna i lagen har mäklaren ett ansvar för all aktivitet han utför i egenskap av mäklare. Detta ansvar kan närmast karaktäriseras som ett tillitsansvar.¹⁰⁸ Som exempel kan mäklarens upplysnings- och rådgivningsplikt nämnas. Den skyldighet som åvilar mäklaren kan sannolikt delas upp i skyldighet enligt lagen, och skyldighet som uppkommer på tillitsbaserad grund. Ett problematiskt område i det här sammanhanget är när mäklaren väljer att lämna skatterättsliga råd eller besked. Enligt lagen finns ingen direkt skyldighet att lämna sådana råd. Har mäklaren inte kunskapen som krävs skall han istället hänvisa parterna till någon med tillräcklig kompetens.¹⁰⁹ Väljer mäklaren att trots allt bistå parterna, ansvarar han för skada som kan uppkomma som en följd av rådet. Eftersom det inte blir fråga om ansvar direkt enligt FML är det rimligt att använda sig av de faktorer som utmärker tillitsansvaret. Avgörande i en sådan bedömning blir att fastställa om informationen eller rådet som mäklaren gav lämnades på ett vårdslöst sätt och om den medförde en faktisk tillit. Mäklarens ansvar påverkas i detta sammanhang även av ”the end and aim rule”.¹¹⁰ Det är en form av adekvanskrav och innebär att ansvar inträder om mäklaren känner till syftet med informationen och är medveten om de skaderisker som kan vara en följd av att mottagaren förlitar sig på informationen.¹¹¹

En privatperson och konsument skall rimligen kunna förvänta sig att kunna vända sig till en yrkesman för att få hjälp på områden som denne själv inte behärskar. När en konsument vänder sig till en mäklare fäster han följaktligen tillit till dennes profession. Utöver de krav som anges i lagen ställs även krav på att mäklaren, i sin roll som rådgivare, har en förmåga att på ett begripligt sätt förklara ett problemområde för den det berör, rådgivare har ett informationsansvar. Kleineman kallar detta den ”pedagogiska plikten” och den innebär en skyldighet att analysera på vilken nivå mottagaren av informationen befinner sig rent kunskapsmässigt och att kunna anpassa informationen därefter.¹¹²

Utöver informationsansvaret arbetar rådgivare även under ett metodansvar. Med detta menas i princip att rådgivaren blir ansvarig för skada som uppkommer om han har varit oaktsam i sitt arbetssätt.¹¹³ För att en sådan bedömning skall kunna göras är det nödvändigt att fastställa den norm som rådgivaren har åsidosatt. I mäklarens fall utgörs den övergripande normen, som har konstaterats ovan, av god fastighetsmäklarsed. Ansvaret innebär att klienten skall kunna förvänta sig att mäklaren utför sitt arbete korrekt och gör de undersökningar som krävs. Metodansvarets omfattning är inte

¹⁰⁸ Kleineman s. 492.

¹⁰⁹ Prop. 1983/84:16 s. 37.

¹¹⁰ Kleineman s. 491 not 90.

¹¹¹ A.a. s. 452.

¹¹² Kleineman SvJT 1998 s. 185, se s. 188.

¹¹³ Gullefors s. 76.

konstant utan skiftar beroende på om det är en specialist som utför arbetet, det kan i sådana fall antas att ansvaret är betydligt strängare.¹¹⁴

Jag ser det även som lämpligt att i de tillfällen mäklaren lämnar skatteråd eller annan information som inte är en skyldighet direkt enligt FML, denne ser till att använda sig av den arbetsmetod som är korrekt för just den typen av råd. Gäller det till exempel ett juridiskt råd torde parterna kunna förvänta sig att mäklaren har använt sig av relevant lagtext och undersökt allmänt känd doktrin. Det kan tyckas som om mäklaren härigenom hamnar under ett orimligt tungt ansvar, men sett i ljuset av att mäklaren i förarbetena rekommenderas att överlämna dylika problemställningar till specialister anser jag det inte vara så.

6.1.2.3 God fastighetsmäklarsed enligt branschorganisationer

God fastighetsmäklarsed är som nämnts ovan ett begrepp som är flexibelt på så sätt att det utvecklas genom tidens gång och har således ingen fast definition. En viktig del av denna utveckling står de olika branschorganisationerna för. Det är vanligt att de i exempelvis sina etiska regler anger vad de anser vara god fastighetsmäklarsed och hur de förväntar sig att mäklarna skall agera.

Mäklarsamfundet stadgar i sina etiska regler att mäklaren skall förhålla sig objektiv gentemot parterna och iakttä god affärssed. Vidare ligger det inom mäklarens ansvarsområde att tillse att han fortlöpande genomgår fortbildning så att kunderna alltid kan lita på dennes kompetens. I linje härmed stadgas även att mäklaren skall, så snart han stöter på ett område utanför sitt kompetensområde, hänvisa till annan sakkunnig.¹¹⁵ FMFs etiska regler skiljer sig inte nämnvärt från Mäklarsamfundet och är inte särskilt utvecklade. Mäklaren skall enligt dessa värna om fastighetsmäklarkårens goda anseende genom ett hederligt och korrekt uppträdande. Dessutom skall mäklaren besitta all den kunskap som krävs för att han skall kunna genomföra sitt uppdrag på ett kvalificerat sätt. Detta uppfylls genom att mäklaren följer samhällsutvecklingen och håller sig väl underrättad om lagar och bestämmelser.¹¹⁶

Även Konsumentverket utger riktlinjer för hur mäklare skall agera i konsumentförhållanden. Dessa riktlinjer utarbetas i samråd med företrädare för branschen och med utgångspunkt i FML. Precis som övriga etiska regler utgör Konsumentverkets riktlinjer ett led i definitionen av god fastighetsmäklarsed.¹¹⁷

I mångt och mycket följer riktlinjerna lagen och kan tyckas utgöra en onödig upprepning. Men, som Broström påpekar, anger de även hur

¹¹⁴ Kleineman SvJT 1998 s 185, se s. 190.

¹¹⁵ www.maklarsamfundet.se 2004-01-13.

¹¹⁶ Fastighetsmäklarförbundets etiska regler.

¹¹⁷ KOVFS 1996:4.

mäklaren skall agera under utförandet av sina skyldigheter.¹¹⁸ Detta i kombination med att mäklare som är anslutna till ett förbund också har förbundit sig att följa dess regler, med olika påföljder som resultat om de inte gör det, medför att riktlinjer och etiska regler absolut besitter ett egenvärde när det gäller utveckling och definition av god mäklarsed.

6.1.3 Rådgivningsskyldighet

Mäklarens rådgivaransvar finns reglerat i lag, närmare bestämt i 16 § FML, som för övrigt är en mycket innehållsrik och intressant paragraf, som lyder:

”Fastighetsmäklaren skall, i den mån god fastighetsmäklarsed kräver det, ge köpare och säljare de råd och upplysningar som dessa kan behöva om fastigheten och andra förhållanden som har samband med överlåtelsen. Mäklaren skall verka för att säljaren före överlåtelsen lämnar de uppgifter om fastigheten som kan antas vara av betydelse för köparen, liksom att köparen före förvärvet undersöker eller låter undersöka fastigheten.”¹¹⁹

Paragrafen motsvarar 10 § i 1984 års lag och är till innehållet oförändrad. Därför är man, för att få information om begreppets innebörd hänvisad till den gamla lagens förarbeten. Även äldre doktrin och praxis kan bidra med vägledning.

Precis som god fastighetsmäklarsed är omfattningen av mäklarens rådgivningsskyldighet något som inte kan anges generellt utan får avgöras från fall till fall inom ramen för god fastighetsmäklarsed.¹²⁰ Enligt Zacharias skall man i bedömningen av om mäklaren brutit mot sin rådgivningsplikt dels ta hänsyn till god fastighetsmäklarsed, dels göra en objektiv bedömning av parternas behov av rådgivning.¹²¹

Rådgivningsskyldigheten gäller, enligt propositionen, frågor av juridisk, ekonomisk eller teknisk karaktär som aktualiseras vid fastighetsförmedlingen. Mäklaren har en skyldighet, i den mån han anser sig själv inte vara tillräckligt kompetent, att informera parterna om detta och råda dem att vända sig till någon sakkunnig.¹²² Rådgivningsskyldigheten är, som Broström påpekar, av speciell karaktär eftersom den är svår att skilja från övriga skyldigheter som åligger mäklaren, många av dessa skyldigheter innefattar ett visst mått av rådgivning. Så är det till exempel med skyldigheten i 18 § FML, att upprätta boendekostnadskalkyl.¹²³ Inser mäklaren efter att ha upprättat en boendekostnadskalkyl att köparna inte ekonomiskt kan genomföra affären, torde det strida mot

¹¹⁸ Broström s. 131.

¹¹⁹ Upplysningsplikten behandlas nedan.

¹²⁰ Prop. 1983/84:16 s. 37.

¹²¹ Zacharias s. 257.

¹²² Prop. 1983/84:16 s. 37.

¹²³ Broström s. 74.

rådgivningsskyldigheten att inte avråda från köpet. När det gäller skatterådgivning, som torde utgöra ett av de vanligaste problemområdena när det gäller rådgivning, har domstolen i ett avgörande slagit fast att den skadelidande, för att få ersättning, måste visa att rådet haft så stor betydelse för köpet att det inte skulle ha genomförts om skadelidande känt till den korrekta informationen.¹²⁴ Denna tunga bevisbörda som åvilar den skadelidande är generell för all skatterådgivning, inte endast den som mäklare ger. Mäklaren är skyldig att ge all den rådgivning som är knuten till förmedlingsuppdraget, väljer mäklaren att även bistå med råd som faller utanför uppdraget svarar han även för att dessa är korrekta i enlighet med god fastighetsmäklarsed.¹²⁵ I enlighet med vad jag påpekat ovan innefattar god fastighetsmäklarsed även ett tillitsbaserat ansvar och det kan i frågor om mäklarens rådgivaransvar bli aktuellt att göra en culpabedömning utifrån mäklarens metod- och informationsansvar.¹²⁶

6.1.4 Upplyningsplikt

I 16 § FML regleras, som konstaterats ovan, även mäklarens upplyningsplikt. Denna skyldighet gäller, liksom övriga plikter, gentemot säljare och köpare i lika stor utsträckning. Upplyningsplikten innebär en plikt för mäklaren att lämna all den information till köpare eller säljare som han själv känner till och som kan vara av betydelse i det enskilda fallet. Det innebär att mäklaren skall vidarebefordra uppgifter som denne får av den ene parten eller från annat håll.¹²⁷ En mycket viktig del av upplyningsplikten, som är av stor betydelse för såväl köpare som säljare, är att mäklaren skall göra parterna uppmärksam på vad som gäller enligt jordabalken och övriga bestämmelser.¹²⁸ Detta torde innebära att han skall upplysa om upplynings- och undersökningsplikt och vilka konsekvenser som kan följa av att säljare eller köpare åsidosätter sina skyldigheter. Det bör dock påpekas att upplyningsplikten inte är absolut såtillvida att de uppgifter som parterna redan känner till eller sådant de borde kunna ta reda på inte innefattas av upplyningsplikten.¹²⁹ Normalt är inte mäklaren skyldig att granska riktigheten av de uppgifter han förses med, endast om omständigheterna ger anledning till det skall han närmare undersöka förhållandet. Som ett exempel nämns i propositionen att mäklaren inte har rätt att okritiskt förmedla påståenden av säljaren rörande fastighetens skick.¹³⁰ I enlighet med detta menar Cervin att en mäklare som i god tro förmedlar uppgift som senare visar sig vara felaktig inte kan hållas ansvarig.¹³¹

¹²⁴ NJA 1991 s. 625.

¹²⁵ Broström s. 75.

¹²⁶ Se kap. 6.1.2.2.

¹²⁷ Prop. 1983/84:16 s. 37.

¹²⁸ A.a. 1983/84:16 s. 38.

¹²⁹ Broström s. 92.

¹³⁰ Prop. 1983/84:16 s. 37 f.

¹³¹ Cervin s. 57.

Småhusköpkommittén påpekar svårigheterna med att avgöra när en mäklare bort inse felaktigheten i en uppgift och därmed inte längre är i god tro. En viktig faktor i bedömningen torde vara varifrån uppgifterna stammar. Härrör uppgiften från mäklaren själv svarar denne för uppgiftens oriktighet. Detta eftersom en normalt aktsam mäklare borde ha känt till felaktigheten.¹³² Det vanligaste scenariot torde vara att uppgifterna härrör från en av parterna. Som huvudregel gäller att endast i de fall då mäklaren haft skäl att bli misstänksam, denne kan hållas ansvarig. Till sist finns det uppgifter som härstammar från annan än part eller mäklaren. Mäklarens ansvar för dessa uppgifter kan i princip sägas vara beroende av två förhållanden. Dels gäller det uppgifter mäklaren får genom myndighet eller annan institution som kan anses vara av officiell karaktär. I sådana fall är det naturligt att mäklaren litar på de uppgifter som lämnas, under förutsättning att tjänstemannen uppfattat vad ärendet gäller. Här har alltså mäklaren ett krav på att agera tydligt. Dels gäller det uppgifter mäklaren får tillgängliga genom en så kallad sakkunnig. Är den sakkunnige anlita av mäklaren skall denne kunna lita på uppgifterna. Följaktligen måste mäklaren förhålla sig skeptisk till information som lämnas av sakkunnig som kan tänkas ha ett annat intresse för ögonen, exempelvis därför att han är anlita av någon av parterna.¹³³ Jag kommer nedan att ange situationer där det är vanligt att mäklarens upplysningsplikt aktualiseras

6.1.4.1 Val av köpare

Som jag tidigare konstaterat har mäklaren en skyldighet att redovisa alla intresserade spekulanter för säljaren. När så är gjort är det inget som hindrar att mäklaren ger säljaren råd i valet av rätt köpare. Fråga kan uppkomma om en mäklare skall bära ansvar för en säljares eller köpares ekonomi? Om ett fastighetsköp går om intet på grund av att köparens ekonomi varit betydligt sämre än vad säljaren haft fog att räkna med kan det ligga nära till hands för säljaren att vända sig mot mäklaren. Enligt Zacharias finns det inget som tyder på att mäklaren i sådana här fall har anledning att ifrågasätta säljares eller köpares uppgifter vad gäller deras ekonomi, med mindre omständigheter i det enskilda fallet ger anledning till särskild kontroll.¹³⁴

6.1.4.2 Boendekostnads kalkyl

Mäklaren har en plikt enligt 18 § FML att i konsumentförhållanden upprätta en boendekostnads kalkyl samt en fastighetsbeskrivning och förevisa denna för presumtiva köpare. Denna skyldighet berörs av upplysningsplikten eftersom framtagandet av uppgifter kräver att mäklaren skaffar upplysningar från andra än parterna. Stöter han då på uppgifter av betydelse för förmedlingsuppdraget skall han informera parterna om detta.¹³⁵

¹³² SOU 1981:102 s. 116. Se även Broström s 93.

¹³³ Broström s. 94 f, 100 f.

¹³⁴ Zacharias s. 311.

¹³⁵ Broström s. 92.

6.1.4.3 Uppgift om ytstorlek

Det är förhållandevis vanligt med tvister där det visar sig att ytstorleken på objektet inte stämmer överens med vad mäklaren uppgivit.¹³⁶ Konsekvenserna för köparna kan bli relativt allvarliga eftersom man betalar ett överpris i förhållande till vad man kommer att kunna sälja bostaden för. Vad är då mäklarens skyldighet i sådana här tvister? Som huvudregel gäller alltså vad som konstaterats ovan; mäklaren har inte en skyldighet att ifrågasätta uppgifter parter lämnar till honom med mindre han misstänker att dessa inte är korrekta. I praxis har fastställts att köparen i normalfallet har rätt att få klara besked om bostadens yta,¹³⁷ dock blir behovet starkare ju mindre bostaden är. Domstolen menade att den skada köparen drabbas av är större ju mindre bostaden är eftersom en avvikelse i ytan då blir mer påtaglig. Vad som blir aktuellt att undersöka i sådana här fall är under vilka förhållande mäklaren borde ha fattat misstanke. Utan att gå in på oaktamhetsbedömningen som behandlas nedan kan generellt sägas att mäklaren, i situationer där det antyds att osäkerhet kring ytan föreligger, har en skyldighet att i vart fall upplysa spekulanter om denna osäkerhet eller själv kontrollera uppgiften. Det förefaller även vara så att mäklarens skyldighet att själv kontrollera uppgiften är relativt långtgående eftersom informationen är enkel att få.¹³⁸

6.1.5 Kontrollplikt

Upplysningsplikten övergår i en del situationer i en kontrollplikt. Så kan vara fallet när mäklaren som i exemplet ovan misstänker felaktig lämnad uppgift om ytstorlek – upplysningsplikten övergår då i vissa fall till en kontrollplikt där det åligger mäklaren att undersöka de korrekta förhållandena. Utöver denna utvidgade upplysningsplikt ålägger FML mäklaren en kontrollplikt i 17 § FML som lyder:

”Fastighetsmäklaren skall kontrollera vem som har rätt att förfoga över fastigheten och vilka inteckningar, servitut och andra rättigheter som belastar den”

Även denna paragraf har införts oförändrad från 1984 års lag. Vad som här avses är en skyldighet för mäklaren att undersöka huruvida fastigheten är belastad av rättsliga fel. Med rättsliga fel avses att köparens möjlighet att förfoga över fastigheten är begränsad, exempelvis på grund av att säljaren inte är rätt ägare till fastigheten eller att den är belastad med rättigheter utöver vad som angavs vid försäljningen.¹³⁹

Fastighetsmäklarens skyldighet innefattar att kontrollera äganderätts- och inskrivningsförhållanden och även pantsättningsförhållanden. Härigenom

¹³⁶ Se till exempel NJA 1991 s. 725, NJA 1997 s. 667, FMNs avgörande 2002-05-08:4, FMNs avgörande 2001-01-24:3.

¹³⁷ NJA 1991 s. 725, se hovrättens domskäl.

¹³⁸ Zacharias s. 273.

¹³⁹ Grauers s. 151.

får mäklaren information om vem som har förfoganderätt över fastigheten samt vilka inteckningar som eventuellt belastar fastigheten. Enligt propositionen är en sådan undersökning hos inskrivningsmyndigheten tillräcklig för att mäklaren skall anses ha fullgjort sin kontrollplikt.¹⁴⁰ Enligt ett avgörande hos Mäklarsamfundets ansvarsnämnd torde det strida mot god fastighetsmäklarsed om mäklaren endast förlitar sig på uppgifter lämnade av säljaren utan att kontrollera riktigheten av dessa hos inskrivningsmyndigheten.¹⁴¹ Vidare bör mäklaren enligt propositionen klarlägga om fastigheten belastas av servitut som inte är inskrivna. Detta bör han göra genom att uppmana säljaren att överlämna alla förrättningshandlingar. Lyckas inte detta bör mäklaren kontakta berörda myndigheter. Mäklaren kan även vara skyldig att genomföra en sådan kontroll om uppgifter mäklaren får av säljaren eller andra omständigheter ger anledning till misstanke att det finns övriga inskränkningar som ännu inte framkommit.¹⁴² Inom kontrollskyldigheten ligger även en skyldighet för mäklaren att kontrollera vad för slags objekt denne förmedlar samt att undersöka uppdragsgivarens behörighet.¹⁴³

Vad gäller rådgiftsfel har mäklaren enligt propositionen ingen skyldighet att rutinmässigt undersöka om fastigheten är belastad med begränsningar i rådgiften. Mäklaren skall istället se till att säljaren lämnar alla relevanta upplysningar och på begäran av köparen, lämna anvisningar om var köparen kan vända sig för att inhämta information om planbestämmelser och liknande.¹⁴⁴

6.1.6 Undersökningsplikt

Jag har i stycket ovan konstaterat att mäklaren har en skyldighet att kontrollera att rättsligt fel ej är för handen. Mäklaren kan sålunda hållas ansvarig i den utsträckning kontrollplikten har åsidosatts. När det gäller de faktiska felen är läget betydligt mer komplicerat. Vad som utgör faktiska fel regleras i JB 4 kap. 19 §. FML ålägger inte mäklaren en direkt skyldighet att undersöka huruvida fastigheten är behäftad med faktiska fel. Frågan som uppkommer är sålunda om fastighetsmäklaren har en undersökningsplikt och i givet fall hur långtgående denna är?

Som jag konstaterat ovan finns det i FML ingen uttrycklig regel om undersökningsplikt för mäklaren. Däremot kan upplysningsplikten i 16 § FML medföra att mäklaren, under vissa omständigheter, åläggs en skyldighet att närmare undersöka fastigheten. I propositionen till 1984 års lag tas frågan om mäklarens eventuella undersökningsplikt upp. Enligt denna bör mäklaren inte ha "... någon skyldighet att mera ingående undersöka om fastigheten är behäftad med faktiska fel. Däremot bör det

¹⁴⁰ Prop. 1983/84:16 s. 38 f.

¹⁴¹ Broström s. 80, AN 1/86.

¹⁴² Prop. 1983/84:16 s. 39.

¹⁴³ Zacharias s. 330 f.

¹⁴⁴ Prop. 1983/84:16 s. 15.

åligga honom att upplysa om sådana brister i fastigheten som han känner till, i varje fall om dessa brister inte är uppenbara för var och en som fastigheten visas för. Vidare bör mäklaren ha en principiell skyldighet att upplysa om sådana fel i fastigheten som framgår redan vid en ytlig undersökning eller som mäklaren annars med hänsyn till omständigheterna kan ha haft anledning att misstänka, exempelvis genom tidigare försäljning av liknande fastigheter.”¹⁴⁵ Syftet med att inte ålägga mäklaren en mer långtgående undersökningsplikt är att det inte skulle vara ändamålsenligt att låta mäklarens undersökningsskyldighet eller upplysningsskyldighet inkräkta på den undersökningsplikt som åvilar köparen enligt reglerna i 4 kap. jordabalken. Det skulle i så fall innebära att det ekonomiska ansvaret för felaktigheter kan vältras över på mäklaren likväl som på säljaren. Så bör inte kunna ske.¹⁴⁶

Som kompensation för denna begränsade undersökningsplikt är mäklaren skyldig att verka för att säljaren före överlåtelsen överlämnar de uppgifter om fastigheten som kan vara relevanta för köparen. Vidare skall mäklaren klargöra för köpare och säljare vad som gäller enligt jordabalken. Dessutom skall mäklaren verka för att köparen före förvärvet undersöker eller låter undersöka fastigheten.¹⁴⁷

I doktrinen¹⁴⁸ har det påpekats att uttalandena i förarbetena är motsägelsefulla på så sätt att mäklarens upplysningsplikt i vissa tillfällen inkräktar på området för jordabalkens regler. Som anförts ovan anger motiven en skyldighet för mäklaren att upplysa om fel som framgår vid en ytlig undersökning. Det betyder, som Broström påpekar, att mäklaren skall upptäcka tydliga, synbara fel men däremot inte dolda fel. Dessa skall mäklaren lämna upplysning om endast i den mån han har kännedom om dem.¹⁴⁹ Paradoxen tycks uppkomma då det i motiven anges att mäklaren skall upplysa om sådana brister han känner till, i varje fall om dessa *inte är uppenbara* för var och en som fastigheten visas för. Frågan tycks vara vad innebörden av ”inte uppenbara” brister är? Zacharias menar att uttalandet är oklart men i vart fall tar sikte på dolda fel. Dessa fel är inte besiktningsbara utan att man gör åverkan på fastigheten och de undantas således från köparens undersökningsplikt. Vad gäller övriga fel menar Zacharias att en oklarhet föreligger. Övriga fel som inte är uppenbara kan vara besiktningsbara och ingår i köparens undersökningsplikt enligt jordabalken.¹⁵⁰ Broström menar att man inte kan tolka uttrycket ”inte uppenbara brister” på annat sätt än att det även innefattar annat än enbart dolda fel.¹⁵¹ Enligt denna tolkning, vilken jag anser vara korrekt, överlappar köparens och mäklarens undersökningsplikt varandra. Det är stor risk att

¹⁴⁵ A.a. s. 14.

¹⁴⁶ A.a. s. 14.

¹⁴⁷ Prop. 1983/84:16 s. 38.

¹⁴⁸ Främst Broström s. 85 ff; Zacharias s. 283 ff; se även Zacharias SvJT 1994 s. 204.

¹⁴⁹ Broström s. 85.

¹⁵⁰ Zacharias s. 284.

¹⁵¹ Broström s. 86.

mäklarens upplysningsplikt övertar köparens undersökningsplikt. Således uppfylls inte förarbetenas syfte.

Förhållandet mellan mäklarens upplysningsplikt och dennes undersökningsplikt är av vad som framgått ovan inte enkelt. Det är viktigt att påpeka att upplysningsplikten går utöver undersökningsplikten.

6.1.7 Handlingsplikt

Mäklaren har i sin yrkesverksamhet ett flertal handlingsplikter. Det innebär en skyldighet att aktivt bidra till att oklarheter och komplikationer utreds eller undviks. Målet är att nå fram till avtalsslut. Som jag tidigare nämnt är de flesta av mäklarens aktsamhetsnormer förbundna med varandra och därför svåra att särskilja från varandra. Vad som exempelvis kan vara en kontrollplikt kan även utgöra en handlingsplikt.

6.1.7.1 Handlingsplikt före avtalsslut

6.1.7.1.1 Objektbeskrivning

När en fastighet förmedlas till en konsument skall mäklaren enligt 18 § 1 st FML tillhandahålla köparen en objektsbeskrivning. Syftet med denna är att ge spekulanten en möjlighet att bilda sig en uppfattning om fastigheten genom att få ta del av den mest grundläggande informationen. Småhusköpkommittén sa i sitt betänkande att ett fastighetsköp för en konsument normalt har mycket stor ekonomisk betydning både vid köpetillfället och på längre sikt. Därför är det motiverat med en lagreglerad plikt för mäklaren att tillhandahålla en objektbeskrivning.¹⁵²

Som konstaterats ovan gäller paragrafen endast i konsumentförhållanden. Vidare skall materialet överlämnas till köparen. När är man då att anse som köpare? Eftersom objektbeskrivningen skall fungera som ledning inför köpet är det väl sent att överlämna en beskrivning i direkt anslutning till själva köpet. I propositionen anges att avsikten är att beskrivningen skall tillhandahållas för dem som mera allvarligt spekulerar på att förvärva fastigheten.¹⁵³

En objektbeskrivning skall, förutom att vara skriftlig, innehålla uppgifter om vem som äger fastigheten, vilka inteckningar m.m. som belastar fastigheten, benämning på fastigheten, taxeringsvärde, areal samt fastighetens ålder, storlek och byggnadssätt. Det är viktigt att påpeka att uppgifterna inte behöver vara heltäckande. Exempelvis kan uppgifter om ålder och byggnadssätt vara svåra att kontrollera. I sådana fall kan det räcka med en ungefärlig uppgift.¹⁵⁴

¹⁵² SOU 1981:102 s. 205.

¹⁵³ Prop. 1983/84:16 s. 40.

¹⁵⁴ A.a. s. 40.

6.1.7.1.2 Boendekostnadskalkyl

Utöver objektbeskrivningen skall mäklaren enligt 18 § 2 st FML även utarbeta en boendekostnadskalkyl. Boendekostnadskalkylen utgörs av en skriftlig beräkning av köparens förväntade boendekostnader. Till skillnad från objektbeskrivningen är boendekostnadskalkylen i huvudsak till för den spekulant som avser att förvärva fastigheten. Syftet är främst att den presumtive köparen skall göras uppmärksam på om det rent ekonomiskt är möjligt att klara de åtaganden som krävs.¹⁵⁵ Ytterligare ett syfte är att ge säljaren möjlighet att bedöma om det handlar om en seriös spekulant. Mäklaren har alltså i det här fallet även ett ansvar gentemot säljaren.¹⁵⁶ Det är av vikt att mäklaren utformar kalkylen med väl tilltagna marginaler och lämpliga reservationer för att inte riskera att bli skadeståndsansvarig. Marginalerna är till för att köparen skall kunna göra en bedömning av de framtida kostnaderna och inte överraskas av till exempel höjda räntekostnader. Baserar mäklaren objektbeskrivningen på framtida, ännu inte säkra, inkomster måste han tydligt reservera sig för beräkningens osäkerhet. Härav följer huvudregeln att det alltid är de faktiska inkomstuppgifterna som skall ligga till grund för uträkningen.¹⁵⁷

Paragrafen ger inga anvisningar om vad som bör tas med i uträkningen. I motiven till 1984 års lag sägs att alla kostnader som är av någon betydelse bör beaktas. Dessa utgörs av kapitalkostnaderna, låns löptid och räntesats samt förändring av lånevillkor om dessa är kända. Vidare skall de skattemässiga konsekvenserna redovisas. Till detta behövs information om köparens inkomstförhållanden och tillämplig kommunalskattesats. Utöver detta skall kalkylen ta upp normala driftskostnader såsom kostnader för värme, vatten, avlopp, sotning, sophämtning och även försäkring.¹⁵⁸

6.1.7.2 Handlingsplikt vid avtalslut

6.1.7.2.1 Ingående av avtal

Enligt 19 § FML skall mäklaren verka för att köpare och säljare träffar överenskommelse i frågor som behöver lösas i samband med överlåtelsen. Han bör vara aktiv och observant på frågor som måste lösas. Han bör även lägga fram förslag på lämpligt avtal som båda parter kan vara nöjda med.¹⁵⁹

Andra meningen i samma paragraf ålägger mäklaren en skyldighet, om inte annat avtalats, att medverka vid upprättandet av de handlingar som behövs vid överlåtelsen. Dessa handlingar utgörs oftast av köpehandlingar, det vill säga köpebrev och köpekontrakt, taxeringsbevis, pantbrev, ränte- och lånebesked samt övriga handlingar som krävs för slutavräkning.¹⁶⁰

¹⁵⁵ A.a. s. 40 f.

¹⁵⁶ Zacharias s. 415.

¹⁵⁷ A.a. s. 416 ff.

¹⁵⁸ Prop. 1983/84:16 s. 40 f.

¹⁵⁹ Cervin & Sallnäs s. 90 f.

¹⁶⁰ Broström s. 59.

6.1.7.2.2 Införande av klausuler i avtalet

Det är vanligt förekommande att någon av parterna önskar införa en klausul i avtalet. Det kan till exempel, från köparens sida, röra sig om ett villkorande av köpet, ett inte ovanligt exempel är att köpet inte skall vara bindande förrän köparen erhåller lån. Ännu en vanlig klausul är en besiktningsklausul, då besiktning inte skett innan köpet. Från säljarens sida är det vanligt förekommande med införandet av en friskrivningsklausul.¹⁶¹

Det åligger mäklaren att klargöra betydelsen av de aktuella klausulerna för parterna. De klausuler som mäklaren hjälper parterna med att skriva skall vara lättförståeliga, tydliga och logiska. Vidare är det viktigt att mäklaren ser till att avtalet blir välbalanserat och inte ger någon av parterna en orimlig fördel. Detta anses även följa av mäklarens omsorgsplikt. Det kan i vissa fall vara mäklarens skyldighet att vara uppmärksam på om en klausul skall tas med i avtalet, och i sådana fall rekommendera införandet av den. Så är till exempel fallet med ett villkorande av köpet, där det är extra viktigt att mäklaren är uppmärksam på parternas behov och förmåga. Suspensiva villkor av det här slaget får till följd att förhållandet mellan parterna haltar. Säljaren binds på ett tidigare stadium än köparen som kan frånträda avtalet om villkoret infrias. Detta faktum lägger särskilt stort ansvar på mäklaren som måste väga upplysningsskyldigheten mot rollen som opartisk mellanman.¹⁶²

6.2 Oaktsamhet i praxis

6.2.1 God fastighetsmäklarsed och omsorgsplikt

God fastighetsmäklarsed är tillsammans med omsorgsplikten den oaktsamhetsnorm som är minst preciserad genom lag. Den vidare innebörden skall finnas genom bland annat rätts- och nämndpraxis. Att närmare precisera vad som är oaktsamt eller hur en oaktsamhetsbedömning ser ut i förhållande till god fastighetsmäklarsed och omsorgsplikten är i detta arbetes omfattning en omöjlighet. God fastighetsmäklarsed omfattar alla i detta arbete angivna situationer och fler därtill, oaktsamhetsbedömningen som görs i detta kapitel är ett direkt uttryck för vad som är god fastighetsmäklarsed.

Jag kommer i det följande försöka redogöra för vissa situationer där god fastighetsmäklarsed och omsorgsplikten har en separat, överordnad roll när det gäller oaktsamhetsbedömningen. Jag vill poängtera att jag är medveten om problemen det kan medföra att använda nämndpraxis, som enbart behandlar disciplinärenden, för att nå fram till en oaktsamhetsnivå. Jag har dock inte funnit anledning att tro att den bedömning domstolarna gör skiljer sig nämnvärt från den som görs i FMN.

¹⁶¹ A.a. s. 59.

¹⁶² Prop. 1983/84:16 s. 41; Broström s. 61. Se nedan kap. 6.2.6.2.

När det gäller god fastighetsmäklarsed har jag redogjort för vissa situationer som är av särskild betydelse.¹⁶³ Mäklarens skyldighet att redovisa spekulanter är en av dessa.

FMN har i ärende **2002-05-29:2** beslutat att tilldela en mäklare varning för att denne underlåtit att redovisa spekulanter till säljarna. Mäklaren hade anlitats för att försälja en bostadsrätt och efter att köpekontraktet undertecknats fick säljaren vetskap om att det funnits ännu en spekulant på lägenheten och att denne lagt ett högre bud än vad bostadsrätten såldes för.

Mäklaren uppgav att han kontaktades av spekulanterna kort tid innan köpekontrakt skulle skrivas. Spekulanterna meddelade att de ville ha en visning men då mäklaren var upptagen faxades istället en planritning till spekulanterna. Ett par dagar senare skrevs köpekontraktet under av köparna och säljarna. Vidare anförde mäklarna att spekulanten inte varit på någon visning och inte heller framfört något bud till honom. Det fanns således inte något konkret köpintresse från spekulanten.

FMN konstaterade att motstridiga uppgifter förelåg vad avser om något bud lämnats eller ej. Nämnden menade att i och med att spekulanten bett om en tid för visning denne fick anses som seriös. Då mäklaren underlåtit att informera säljarna om spekulantens intresse av visning bröt han mot god fastighetsmäklarsed.

Vad som torde vara avgörande för skyldigheten att redovisa spekulanter är bedömningen av vilka som kan betraktas som spekulanter. Som jag tidigare anført är det något som måste avgöras från fall till fall men det framstår av nämndens avgörande som att det är tillräckligt att spekulanten ber att få komma på visning. Frågan är om detta inte är en något svag grund att stå på? Enligt min mening kan det inte vara ovanligt att framtida köpare ”värmer upp” genom att gå på visningar för att få erfarenhet. Jag anser att det i många tillfällen krävs ytterligare faktorer innan en spekulant är att betrakta som seriös spekulant. Det kan till exempel vara att de uttryckligen förklarar sig vara intresserade av objektet eller att de meddelar att de avser lämna bud. Tyvärr har jag inte i det material jag har haft tillgängligt funnit fler avgöranden som kan kasta ljus över saken.

När det gäller att bedöma brister i omsorgsplikten uppstår samma svårigheter som vid god fastighetsmäklarsed. Precis som Stiegler anför specificerar bestämmelsen inte några åligganden för mäklaren utan innebär i princip att FML skall följas.¹⁶⁴ Ett område som normalt anses omfattas av omsorgsplikten är mäklarens hanterande av handpenningen. FMN har avgjort ett flertal ärenden som visar hur mäklaren bör agera för att ej bryta mot omsorgsplikten.

I ärende **2000-11-29:15** varnades en mäklare för dennes hantering av handpenningen. Mäklaren hade tagit emot medlen en tid innan köpekontraktet undertecknats. Nämnden påpekade att då handpenningen utgör en del av köpeskillingen så skall den erläggas i samband med att kontraktet undertecknas eller i tiden snarast därefter. Det ankommer på mäklaren att göra klart för köparna att betalning som erläggs vid ett tidigare stadium inte betraktas som handpenning och inte heller medför rätt att förvärva fastigheten. Skulle medlen ändå betalas till mäklaren är det viktigt att pengarna deponeras och inte lämnas till säljarna eftersom det ännu inte föreligger ett giltigt köp. Samma förhållande gäller då köp

¹⁶³ Se kap. 6.1.2.1.

¹⁶⁴ Stiegler s. 59.

gjorts beroende av något villkor. Vidare konstaterar nämnden att det av god fastighetsmäklarsed får anses följa att en mäklare i princip skall avråda presumtiva köpare från att göra inbetalning innan giltigt köp föreligger.¹⁶⁵

När det gäller frågan om deponering av handpenning har nämnden anfört följande.

I ärende **2000-02-23:1** anmälde en säljare av en bostadsrätt mäklaren eftersom denne dröjt med att utbetala handpenning. Mäklaren hade fått handpenningen tillhanda den 4 september men först vidarebefordrat den till säljarna den 25 september. I enlighet med 12 § FML skall handpenning utan dröjsmål överlämnas till säljarna, om inte annat har överenskommit i särskild ordning. Mäklaren har en skyldighet att ta upp frågan om deponering av handpenning tills ett giltigt avtal finns. När det gäller överlåtelse av bostadsrätt är en överlåtelse inte giltig förrän köparen beviljats medlemskap i föreningen. Har mäklaren inte fått besked från föreningen att medlemskap kommer beviljas åligger det honom följaktligen att ta upp frågan om deponering. Mäklaren har uppgett att hon innan köpekontraktet undertecknades varit i kontakt med representant för föreningen. Denne meddelade att medlemskap skulle komma att beviljas.

Någon grund att ta upp frågan om deponering har alltså inte funnits. Inte heller befanns mäklaren varit i dröjsmål med utbetalningen eftersom säljarna inte lämnat något kontonummer. När så var gjort dröjde mäklaren fyra dagar vilket inte ansågs vara orimligt.

Utgången blev en annan i ärende **2000-02-23:2**. Även här var det fråga om försäljning av bostadsrätt varför köpet var villkorat av att medlemskap i föreningen beviljades. Överlåtelseavtalet innehöll en klausul som angav att handpenningen skulle deponeras hos mäklarfirmen till dess alla villkor var uppfyllda. Det fanns dock inget separat depositionsavtal mellan köpare, säljare och mäklare. Nämnden menade att det inte är tillräckligt att uppgiften om deposition finns med som en standardiserad fras i överlåtelseavtalet.

Vidare ansåg nämnden att mäklaren även brustit i sin omsorgsplikt då han betalat ut handpenningen till säljaren innan överlåtelsen var giltig. Genom att göra så förfelades hela syftet med depositionen.

Omsorgsplikten innebär också att mäklaren har en skyldighet att se till att avtal och klausuler utformas med nödvändig tydlighet och på ett korrekt sätt.

I FMNs ärende **2002-02-18:3** har nämnden utfört en granskning ex officio. Mäklaren hade fått i uppdrag att förmedla försäljning av en villatomt. I objektsbeskrivningen angav mäklaren att det rörde sig om försäljning av "2st nybyggda villor". Det avtal som skrevs mellan sälj företaget och köparna avsåg dock endast tomten. En förutsättning för köpet var att köparna även tecknade ett så kallat husleveransavtal. Avtalet fullföljdes från köparnas sida men inte av husleverantören vilket medförde förseningar.

Köparna har uppgett att de uppfattat det som att köpet avsåg ett helt paket. Det vill säga såväl tomt som byggnad. Nämnden menar att objektsbeskrivningen inte stämmer överens med köpekontraktet och att avtalet i övrigt är oklart då det inte framgår vilket företag som skall stå för leveransen av huset. Det framgår inte heller vad som skulle ske i den situation som uppstod, nämligen att endast köparna undertecknade husleveransavtalet. Vidare påpekar nämnden att en sådan här konstruktion, där köp av tomt villkoras av ett krav på viss byggnation, är särskilt komplicerad och att det därför ankommer på mäklaren att vara extra tydlig och försäkra sig om att köparna har förstått innebörden av avtalet. Kravet på mäklarens tydlighet har i det här fallet även skärpts då han har utformat en otydlig objektsbeskrivning. Han borde ha uppmärksammat parterna på oklarheten i villkoret.

Av avgörandet framgår att kravet på aktsamhet inte är konstant. Mäklaren

¹⁶⁵ Se även FMNs avgörande 2000-04-26:6.

har en skyldighet att hela tiden vara lyhörd för parternas behov och förståelseförmåga. Detta gäller självfallet särskilt då han på egen hand medverkat till felaktigheter, han måste då aktivt arbeta för att missförstånd undanröjs.

Även bedömningen i ärende **2001-09-12:3** avsåg kravet på tydlighet. Bedömningen resulterade dock inte i någon åtgärd. Mäklaren hade i detta tillfälle varit oklar i frågan om provisionens storlek. I avtalet stod endast "förmedlingsprovision erlägges av uppdragsgivaren med 5 procent (med ett försäljningspris på 280 000 kr blir provisionen 20 000 kr. Dvs minimiprovisionen)". Nämnden påpekade, utan att lämna varning, att det är speciellt väsentligt i tillfälle av att minimiprovision skall utgå att utforma avtalet så att inga tveksamheter om provisionen uppstår. Nämnden ger ingen utförligare motivering till varför det i detta fall inte var motiverat med en varning.

I detta avgörande anar jag att en begränsad oaktsamhetsbedömning faktiskt gjorts. Trots att nämnden inte motiverar sitt beslut närmare utgår jag från att nämnden menat att formuleringen, även om den kunde ha gjorts bättre, inte var mer otydlig än att en uppmärksam säljare skulle ha förstått innebörden.

6.2.2 Rådgivningsskyldighet

Mäklarens rådgivningsansvar är ett komplicerat område. Som torde ha framgått av framställningen hittills krävs att mäklaren är bevandrad på flera områden. Han får ofta ta ställning till juridiska och ekonomiska frågeställningar och skall till säljare och köpare förmedla råd och upplysningar. Huruvida en mäklare agerat oaktsamt vid rådgivning torde kunna bedömas dels enligt tillitsläran, vilken har behandlats under 6.1.2.2, dels inom ramen för FML. Det vill säga om han har lämnat de råd och upplysningar som är ett krav enligt lagen.

I rättspraxis förekommer förvånansvärt få avgöranden hänförliga till rådgivningsansvaret. Troligtvis beror det på att parterna förlikas. Ännu en anledning kan vara att de klagande väljer att vända sig till branschernas ansvarsnämnder då det är ett kostnadsfritt förfarande. De rådgivningssituationer som framstår som mest vanskliga och som kan medföra omfattande skada för parterna är skatterådgivning.

Det senaste, och mig veterligen enda, avgjorda fallet i Högsta domstolen när det gäller mäklares skatterådgivning är det ovan refererade fallet **NJA 1991 s. 625**. Mäklaren medgav dock att han agerat oaktsamt redan i tingsrätten varför det aldrig blev aktuellt med en culpabedömning. En oaktsamhetsbedömning hade med stor sannolikhet kunnat göras med utgångspunkt i metodansvaret. Mäklaren hade på direkt fråga meddelat parterna att reavinstbeskattningen inte skulle medföra några problem eftersom uppskov skulle beviljas. Väljer en mäklare att på egen hand ge rådgivning i skattefrågor är det rimligt att utgå från att han har den kunskap som krävs och i annat fall skaffar sig den. I det här fallet krävdes en liten insats för att hos skattemyndigheten undersöka om förutsättningarna för uppskov förelåg. Då mäklaren inte gjorde detta har han agerat oaktsamt.

När det gäller culpös rådgivning kopplad till skyldigheter enligt FML spelar avgörandena **NJA 1997 s. 127 I och II** en viktig roll. Rättsfallen är i och för sig direkt hänförliga till mäklarens handlingsplikt, det vill säga skyldigheten att verka för att köpare och säljare träffar överenskommelse i frågor som behöver lösas. Detta betyder dock inte att de är mindre relevanta sett ur ett rådgivarperspektiv. Omständigheterna i fallen återges mera ingående under 6.2.6.2. I rättsfallen undersöktes hur långtgående skyldigheter mäklaren har när det gäller att ge råd kring införandet av suspensiva villkor i köpeavtalet. Domstolen fastslog att när finansieringen inte är slutligt avgjord åligger det mäklaren att förklara för köparna vad konsekvenserna kan bli om de inte kan fullfölja köpet. Som en följd härav skall mäklaren även råda köparna att införa en villkorsklausul.

Mäklarens oaktsamhet bedöms sålunda enligt en sträng måttstock. Den enda vägen att komma runt ansvaret är om ett villkor inte skulle tjäna något syfte, som exempel nämns att det framstår som praktiskt taget uteslutet att finansieringen inte skulle ordnas. Det tas följaktligen inte hänsyn till köparens insikt, förståelseförmåga eller information som denne har lämnat. Detta gäller dock inte om köparen meddelar att finansieringen är ordnad och mäklaren, enligt huvudregeln, inte har anledning att misstänka något annat.

6.2.3 Upplysningsskyldighet

När det gäller en culpabedömning rörande upplysningsskyldigheten blir det ofta fråga om att bedöma om mäklaren varit oaktsam i kontrollen av de uppgifter han lämnar. Som konstaterats ovan innebär upplysningsskyldigheten att mäklaren dels skall vidarebefordra uppgifter denne har kännedom om, dels skall han informera om fel och brister som han har vetskap om eller misstänker.

NJA 1991 s. 725 behandlade frågan om en mäklare var ersättningsskyldig för att vid förmedling av bostadsrätt lämnat felaktig uppgift om lägenhetsytan. Mäklaren hade i objektsbeskrivningen angivit ytan till 48 m² men hade då säljarna återsände objektsbeskrivningen efter kontroll uppmärksammats på att ytan kunde vara mellan 46-48 m². Mäklaren företog ingen ändring eftersom han bedömde att ytan likväl kunde vara 48 m². Under visningen av lägenheten skedde ingen kollektiv redovisning av osäkerheten kring ytstorleken utan informationen lämnades endast till en del av spekulanterna, dock ej till de framtida köparna. Vid kontraktsskrivningen uppmanade mäklaren säljarna att förtydliga uppgiften om ytstorleken men fick endast ett vagt svar från dessa. Vid en senare kontrollmätning framkom att ytan endast var 42,6 m².

Tingsrätten ansåg att mäklaren genom att vid kontraktsskrivandet tillfråga säljarna om lägenhetens yta uppfyllt sin informationsskyldighet. Dessutom menade domstolen att köparna på ett enkelt sätt kunde ha kontrollerat storleken om denna haft avgörande betydelse. Målet överklagades till hovrätten. Hovrätten fastslog inledningsvis att ju mindre lägenheten är desto större betydelse får en avvikelse i ytans storlek. Vidare konstaterade domstolen: "Men att säljaren, som egentligen borde veta besked, svävade på målet om lägenhetsytan borde ha givit en aktsam mäklare – medveten om sin uppgift att vara tillförlitlig informationskälla för köparen – fullgott skäl att själv skaffa sig visshet om hur det rätteligen förhöll sig i det stycket." Det är dessutom enkelt för en yrkesmässig mäklare att kontrollera riktigheten av uppgift om yta. Oaktsamheten förstärktes genom att mäklaren

inte såg till att muntligen informera om osäkerheten vid visningstillfället, endast en del av spekulanterna fick informationen. Vidare menar domstolen att mäklaren inte, som denne hävdar, botat sin oaktsamhet genom att vid kontraktsskrivningen uppmana säljaren att uttala sig om ytstorleken. Detta skedde i ett allt för sent skede av förhandlingen och uttalandet som säljarna gjorde kunde lätt missförstås. Mäklaren hade följaktligen agerat oaktsamt. Hovrättens domslut fastställdes av Högsta domstolen.

Även i **NJA 1997 s. 667** var frågan om en mäklare kunde hållas ansvarig för att inte ha kontrollerat uppgift om en lägenhets ungefärliga storlek. Mäklaren hade erhållit uppgifterna från såväl säljare som från ett värderingsutlåtande.

Högsta domstolen angav i sina domskäl att om säljaren endast kan lämna ungefärligt besked eller om uppgiften framstår som osäker, så kan detta tala för att mäklaren bör kontrollera uppgiftens riktighet. Särskilt om det finns anledning att anta att det på ett förhållandevis enkelt sätt går att införskaffa korrekta upplysningar. Eftersom det i detta mål rörde sig om en lägenhet i en äldre fastighet och det därför kan vara svårt att få tag på exakta uppgifter om ytan och, i den mån sådana finns, det kan vara svårt att bedöma hur tillförlitliga dessa är, är det inte anmärkningsvärt att cirkauppgifter används. Mäklaren hade, förutom att förlita sig på säljarens uppgift, tagit del av ett värderingsutlåtande som upprättats av en kvalificerad person. Då det i den lämnade informationen inte fanns något som gav anledning till misstanke har mäklaren inte handlat oaktsamt.

Med ledning av dessa rättsfall kan konstateras att huvudregeln alltså är den som föreskrivits i förarbetena - endast om mäklaren har anledning att misstänka att en uppgift är oriktig skall han kontrollera den. Inte ens det faktum att en ytuppgift anges som cirka behöver föranleda ytterligare undersökningar. Så förefaller det vara då det rör sig om äldre lägenheter och då det i uppgift från tillförlitligt håll, till exempel ett värderingsutlåtande, anges som en ungefärlig uppgift. Zacharias påpekar att det är branschpraxis att använda sig av en cirkauppgift och att syftet härmed är att betona att en köpare alltid får räkna med viss avvikelse, till exempel på grund av olika mätmetoder.¹⁶⁶ När bör mäklaren fatta misstanke? Ett svar på den frågan är svårt att finna. Mäklarens aktsamhet bör skärpas så snart det finns minsta anledning till osäkerhet. Ett vagt påpekande från säljaren bör räcka för att varningslampan skall börja lysa. Detta gäller särskilt då mäklaren utan svårigheter kan kontrollera uppgiften. Vidare bör han vara extra uppmärksam i de fall avvikelsen kan antas ha väsentlig betydelse för köparen, till exempel då det rör sig om en från början liten yta. **NJA 1991 s. 725** ger anledning att tro att mäklaren, genom att vid ett tidigt stadium anmoda säljaren att informera köparen om osäkerheten och att detta görs på ett klart sätt, uppfyller kravet på aktsamhet.

För att undgå ansvar bör mäklaren således vid minsta osäkerhet se till att kontrollera uppgiften på egen hand eller klart och tydligt påtala osäkerheten. När detta är sagt vill jag, i enlighet med Broström, påpeka att det inte är fråga om ett garantiansvar. Det skulle innebära att mäklaren för att undgå ansvar skulle vara tvungen att kontrollera riktigheten av *all* information denne tar del av. Det skulle vara att gå allt för långt. Domstolen påpekar i **NJA 1991 s. 725** också att köparen bär en risk att bli felinformerad.¹⁶⁷ Jag

¹⁶⁶ Zacharias s. 275.

¹⁶⁷ Broström s. 98.

anser att det är en rimlig gränsdragning att göra då det i annat fall skulle innebära att köparens och säljarens ansvar skulle bli illusoriskt.

När det gäller ytavvikelser vill jag påpeka att betydelsen av avvikelser i yta kan komma att tillmätas större betydelse när det rör sig om lägenheter än fast egendom. Vid köp av fast egendom är det oftast fler faktorer än just ytstorleken som är avgörande.¹⁶⁸

FMN har vid flera tillfällen haft anledning att ta ställning till huruvida en mäklare har uppfyllt informationsskyldigheten.

I ärende **2001-12-12:7** befanns en mäklare ha agerat oaktsamt i det att hon underlät att för köparna redogöra för förekomsten av ett tidigare utfärdat besiktningsprotokoll. Besiktningsmannen dömde i princip ut huset på grund av fuktangrepp. Mäklaren försvarade sig med att hon för köparna nämnt att en tidigare besiktning utförts men att de inte visat intresse av att ta del av utredningen. Dessutom bedömde hon utredningen som oseriös varför det inte fanns någon anledning att informera köparna. FMN anförde att mäklaren måste ha förstått att informationen i utredningen var av väsentlig betydelse och att hon därmed var skyldig att lämna en mer utförlig information än att endast påpeka att en utredning gjorts. Vidare konstaterade nämnden att det inte ankommer på en mäklare att avgöra om en besiktningsman är seriös eller ej. I och med detta ansågs mäklaren ha åsidosatt sin informationsskyldighet.

I nämndens avgörande **2002-06-19:12** ålades den anmälda mäklaren en mycket sträng informationsskyldighet. Mäklaren hade fått i uppdrag att förmedla en bostadsrätt och hade vid en privat visning där de senare köparna inte varit med fått frågan om ett mörkt tröskelparti i badrummet skulle kunna indikera på fuktskada. Som en följd härav kontaktade mäklaren säljaren som uppgav att hon inte kände till något fuktproblem. Säljaren skulle dock kontrollera och åtgärda om det fanns behov.

Frågan var här om mäklaren genom den första spekulantens fråga borde ha misstänkt förekomst av fuktproblem och därmed haft en plikt att informera köparna. Nämnden menade att så var fallet. Enligt avgörandet räcker det alltså med att en mäklare får en fråga från en spekulant som fattat misstanke om ett problem för att han skall vara skyldig att vidarebefordra uppgiften.

Det är följaktligen en mycket omfattande skyldighet som åläggs mäklaren. Jag vågar inte ta ställning till hur avgörandet hade sett ut om det istället avgjorts av de allmänna domstolarna. Möjligen är det så, vilket inte klart framgår av avgörandet, att det fästes särskild vikt vid att mäklaren kontaktat säljaren för att få svar på frågan. Detta indikerar att mäklaren funnit frågan så pass väsentlig att hon önskat gå vidare med den.

Det har konstaterats ovan att undantag från upplysningsplikten visserligen görs för uppgifter som är uppenbart oväsentliga. En sådan bedömning kan inte bli annat än skönsmässig och jag har inte i praxis funnit stöd för vilka uppgifter som är att bedöma som oväsentliga. En lämplig slutsats att dra härav är att mäklaren, för att säkert undgå ansvar, skall vidarebefordra *alla* uppgifter som denne har tillgång till.

¹⁶⁸ Zacharias s. 276.

6.2.4 Kontrollplikt

Den kontrollplikt som anges i 17 § FML kan sägas vara absolut eftersom mäklaren, om kontrollen inte genomförs, inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt lagen. Utrymmet för en oaktsamhetsbedömning är i det här fallet begränsad. Mäklaren kan inte hänvisa till att han ej haft misstanke om en viss situation; har han inte fullföljt kontrollen blir han ansvarig för uppkommen skada.¹⁶⁹ Ansvaret är närmast att likna vid ett garantiansvar eller strikt ansvar.

Normalt efterlevs kontrollplikten genom att mäklaren inhämtar gravationsbevis eller kontaktar bostadsrättsföreningen för att få information om vem som är registrerad som ägare och om pantsättning förekommer.¹⁷⁰ Vad som vanligtvis kan bli föremål för frågan om ersättningsskyldighet föreligger, bortsett från de situationer där ingen kontroll överhuvudtaget skett, är på vilket sätt mäklaren genomfört kontrollen och vilka tidsgränser denne har att arbeta inom och naturligtvis om han har företagit tillräckliga kontroller.

I FMNs ärende **2000-09-06:6** varnades en mäklare då han felaktigt angivit att en bostadsrätt var pantsatt. Mäklaren hade på frågan om det fanns något lån fått ett positivt svar från säljaren. Då det normala är att bostadsrätten är pantförskriven utgick mäklaren från detta då han sammansatte objektsbeskrivningen. Säljaren kommenterade heller inte uppgiften när objektsbeskrivningen skrevs under. Nämnden gör gällande att mäklaren brustit i sin skyldighet enligt 17 § FML då denne endast förlitat sig på en uppgift från säljaren. Mäklaren kan inte heller begränsa sitt ansvar genom att låta säljaren läsa igenom objektsbeskrivningen.

Mäklarens absoluta skyldighet att vidta nödvändiga kontroller kan följaktligen inte uppfyllas genom att fråga säljarna om hur förhållandena ser ut. Mäklaren är tvungen att på egen hand, aktivt genomföra en undersökning.

I mål **T 9-34-90, dom nr DT 28**¹⁷¹ fälldes en mäklare för att han underlåtit att vidta tillräckliga kontroller vad avser frågan om bostadsrätten var pantsatt. Enligt det avtal som träffats mellan köpare och säljare skulle bostadsrätten inte vara belastad med panträtt. Det visade sig dock att säljaren, endast nio dagar före tillträdet, pantsatt lägenheten för nyupptagna lån. Tingsrätten menade att för att få relevant information om en bostadsrätt är pantsatt skall mäklaren vända sig till bostadsrättsföreningen. Det ankommer på mäklaren att visa att han har utfört nödvändiga kontroller. Detta eftersom mäklaren lättast kan säkra bevisning härför. Vidare uttalar tingsrätten att kravet på att mäklaren utför sina skyldigheter noggrant, även innebär att mäklaren i nära anslutning till tillträdet skall förvissa sig om relevanta förhållanden.

Då det gäller i lagen uttryckta förpliktelser blir den naturliga konsekvensen att det är mäklaren som har bevisbördan för att dessa uppfylls korrekt. Avgörandet antyder dessutom, vilket även Zacharias påpekar¹⁷², att

¹⁶⁹ Stiegler s. 62.

¹⁷⁰ Zacharias s. 317.

¹⁷¹ Avgörandet behandlas i Ankarswed s. 61f och Zacharias s. 318.

¹⁷² Zacharias s. 318.

mäklaren är skyldig att löpande kontrollera uppgifterna hos, i det här fallet, bostadsrättsföreningen. I de flesta fall är det kanske onödigt att mäklaren skall vara tvungen att kontinuerligt hålla kontakt med relevanta instanser men det måste i vart fall anses vara rimligt att mäklaren genomför en avslutande kontroll i mycket nära anslutning till tillträdet, inte endast vid kontraktsskrivningen. Som Ankarswed anför har säljaren formell möjlighet att under tiden mellan kontraktsskrivning och tillträdesdagen råda över lägenheten.¹⁷³

6.2.5 Undersökningsplikt

Som har framgått ovan är mäklarens undersökningsplikt ett komplicerat område. Ofta handlar det om var gränsen för mäklarens upplysningsskyldighet för faktiska fel går och hur ingående mäklaren skall undersöka fastigheten.¹⁷⁴ Jag skall nedan försöka redovisa några principer som gäller för mäklarens undersökningsplikt.

Mål T 61/89 dom nr DT 2015¹⁷⁵ gällde mäklares ansvar för fastighetens skick. Köparna av en fastighet upptäckte en tid efter köpet svåra mögelskador på vinden. De hävdade att mäklaren skulle hållas ansvarig, antingen eftersom han då han besiktigade fastigheten uppsåtligen underlåtit att informera om rötskadorna, eller genom oaktsamhet eftersom han inte uppmärksammade skadorna som var väl synliga redan vid en ytlig besiktning.

Sakkunniga som hördes i målet hävdade att skadan var så omfattande att en lekman borde ha uppmärksammat felet redan vid en ytlig besiktning. Tingsrätten gjorde en bevisvärdering och fann att inte det var bevisat att mäklaren upptäckt, eller borde ha upptäckt, felet. Vidare poängterade domstolen att mäklaren inte har någon långtgående undersökningsplikt vad gäller fastighetens skick. Dessutom är det inte meningen att mäklaren på något sätt skall överta köparnas omfattande undersökningskyldighet.

Hovrätten ansåg, i motsättning till tingsrätten, att mäklaren inte kunde ha undgått att uppmärksamma felen. Till grund för beslutet lades dels omfattningen av angreppen och de sakkunnigas uttalande, dels det faktum att mäklaren hade mångårig erfarenhet och dessutom var utbildad ingenjör på området. I och med att mäklaren haft vetskap om felet har han brustit i sin upplysningsskyldighet när han inte informerat köparna om förhållandet.

Enligt förarbetena skall mäklaren upplysa om alla fel och brister denne känner till. Följaktligen kan man argumentera för att hovrätten kommit fram till rätt domslut, mäklaren hade haft vetskap om bristerna. Dock påpekas ännu en viktig sak i förarbetena - upplysningsplikten gäller endast i de fall då felen inte är uppenbara för var och en som fastigheten visas för.¹⁷⁶ Här uppstår enligt min mening ett problem, och jag delar Ankarsweds åsikt.¹⁷⁷ Om felen var så tydliga som köpare och sakkunniga hävdar, borde då inte köparna själva ha upptäckt dem? Det förefaller som uppenbart att köparna brustit i sin undersökningsplikt och det torde inte vara rimligt att låta mäklaren bära det ansvar som åligger köparen enligt jordabalken.

¹⁷³ Ankarswed s. 64.

¹⁷⁴ Se ovan kap. 6.1.6.

¹⁷⁵ Avgörandet refereras av Ankarswed s. 51f. Se även Zacharias s. 286.

¹⁷⁶ Prop. 1983/84:16 s. 38.

¹⁷⁷ Ankarswed s. 53.

Ytterligare en aspekt värd att uppmärksamma i det här fallet är den vikt som hovrätten lägger vid mäklarens erfarenhet och utbildning. Utgångspunkten vid bedömningen av mäklarens ansvar är hur en normalt aktsam mäklare skulle ha handlat. I det här tillfället skärps aktsamhetskravet eftersom mäklaren har många års erfarenhet och dessutom specialistkunskap. Kan det vara rimligt att aktsamhetskravet skall variera på detta sätt? Det försätter såväl parterna som mäklaren i en osäker situation. Som part skall man följaktligen alltid sträva efter att utreda mäklarens erfarenhet och specialkompetens. Och som mäklare skall man alltid förvissa sig om att den, visserligen begränsade, undersökning man skall utföra utvecklas i takt med yrkeserfarenhet och övrig kompetens.

Tyvärr har inget mål rörande mäklarens undersökningsplikt nått Högsta domstolen varför det fortfarande är mycket osäkert vad som gäller. Det är som framgått ovan främst oklarheterna kring mäklarens upplysningsplikt och köparens undersökningsplikt som skapar denna osäkerhet. När det gäller mäklarens egen undersökningsplikt förefaller det som om förarbetenas rekommendationer efterlevs.

I **mål T 105/87 dom nr DT 2**¹⁷⁸ var frågan om en mäklare kunde hållas ansvarig för att inte närmare ha kontrollerat säljarens uppgifter angående en brunn på fastigheten. I fastighetsbeskrivningen hade mäklaren, efter information från säljaren angivit att avloppet var försett med en trekammarbrunn. Det visade sig senare att så inte var fallet. Köparna menade att mäklaren agerat oaktsamt då han inte närmare kontrollerat uppgiften.

Domstolen dömde i enlighet med lagen och förarbetena när man sa att mäklaren inte handlat oaktsamt. Mäklaren har ingen skyldighet att mer ingående undersöka en fastighets skick och behöver inte företa särskilda kontroller såvida inget annat talar för det.

Avslutningsvis kan sägas att mäklarens upplysningsplikt när det gäller faktiska fel sträcker sig till de fel han har visshet om eller borde ha haft visshet om. Dessa fel kan mäklaren få kännedom om, förutom genom den begränsade undersökning han genomför, även genom uppgifter från parterna, erfarenhet från tidigare förmedlingar samt andra källor.¹⁷⁹ Detta innebär att upplysningsplikten går utöver undersökningsplikten. Som har visats genom **mål T 61/89 dom nr DT 2015** kan mäklaren få svara även för sådana fel som det borde ankomma på köparna att upptäcka. Det bör dock poängteras att det ännu saknas ett prejudicerande avgörande. Även Broström har uppmärksammat problemet och redogör för vad resultatet kan bli om inte ett förtydligande i lagtexten görs. Mäklarna ges här en möjlighet att påverka nivån på aktsamhetskravet. Genom att helt underlåta att genomföra en undersökning riskerar mäklaren inte heller upptäcka något som han senare kommer att ansvara för. Möjligtvis kan han hållas ansvarig för att han inte upptäckt fel som borde ha upptäckts vid en ytlig undersökning. Väljer mäklaren att i alla fall genomföra undersökningen bör han göra en ingående sådan eftersom han kan komma att svara för fel han borde ha känt till samt för fel som normalt köparen skall upptäcka.¹⁸⁰ Jag

¹⁷⁸ Avgörandet refereras i Ankarstedt s. 57.

¹⁷⁹ Se ovan kap. 6.1.6.

¹⁸⁰ Broström s. 144 f.

håller med Broström om problematiken och en precisering i lagen är önskvärd för att klargöra gränsen för mäklarens undersökningsplikt.

6.2.6 Handlingsplikt

6.2.6.1 Före avtalsslut

De skyldigheter som ingår i mäklarens handlingsplikter före avtalsslut kan sägas, i likhet med kontrollplikten, vara i det närmaste absoluta. I de flesta frågor FMN har behandlat rörande objektsbeskrivning och boendekostnadskalkyl, har frågan rört mäklarens underlåtenhet att tillhandahålla och upprätta dokumenten. I de flesta fall har endast konstaterats att mäklaren genom underlåtenhet agerat oaktsamt. I dessa situationer ges följaktligen ett mycket begränsat utrymme för en egentlig culpabedömning. Vad som ändå kan bli föremål för en viss bedömning är till exempel frågan vilka uppgifter som har tagits med i dokumenten och hur dessa har redovisats.

När det gäller objektsbeskrivningen har jag ovan redogjort för vad som skall ingå i denna.¹⁸¹ Utöver den information som anges i 17 § FML och som mäklaren ansvarar för är korrekt, får mäklaren vanligtvis övrig information från säljaren. I enlighet med den allmänna upplysningsplikten gäller även här att mäklaren har rätt att förlita sig på de uppgifter säljaren lämnar så länge inget talar emot dessa.

I FMNs ärende **2000-11-29:4** hade köparna av en fastighet anmält mäklaren bland annat därför att denne inte lämnat information om rättigheter och servitut i objektsbeskrivningen. Mäklaren försvarade sig med att uppgifterna hade lämnats i ett utdrag från fastighetsdatasystemet i samband med antingen visningen eller tillträdet.

FMN anförde att det inte är tillräckligt att uppgifterna endast finns tillgängliga på så sätt att det krävs att köparna tar del av olika dokument. Syftet med en objektsbeskrivning är att specificerade uppgifter skall finnas sammanställda i ett och samma dokument. Vidare skall mäklaren redovisa om det på grund av servituten utgår eventuella avgifter.¹⁸²

Det räcker följaktligen inte att mäklaren i objektsbeskrivningen endast redovisar förekomsten av servitut utan han skall även redovisa de kostnader dessa medför. Det är ett rimligt krav att ställa eftersom dessa avgifter skall tas upp som en driftskostnad i boendekostnadskalkylen och köparna rimligtvis bör få preciserat var kostnaderna härrör från.

I FMNs beslut **1997-03-05, Dnr 20-836-96** varnades en mäklare som i objektsbeskrivningen till en fastighet uppgav att fastigheten var delbar och möjlig att bebygga, vilket senare visade sig inte stämma. För att avstyckning skulle kunna ske krävdes en planändring. Syftet med köpet var enligt köparna just att dela fastigheten och låta uppföra ett hus på den halvan.

Mäklaren gjorde gällande att han varit i kontakt med Byggnadsnämnden och av dem fick informationen att fastigheten var delbar. Denna information togs sedan in i objektsbeskrivningen.

¹⁸¹ Se 6.1.7.1.1.

¹⁸² Se till exempel även 2001-02-14:9, 2001-10-03:1, 2002-03-20:8 m. fl.

Nämnden anförde att köparen måste kunna förlita sig på uppgifter som mäklaren lämnar angående planbestämmelser och fastighetsbildningar, särskilt om dessa uppgifter tagits upp i objektsbeskrivningen. Är mäklaren osäker på vilka förhållanden som gäller får han hänvisa till den myndighet som kan ge besked. Nämnden konstaterade vidare att mäklaren antingen inhämtat ofullständiga uppgifter eller känt till att planändring krävdes. Uppgiften i objektsbeskrivningen var sålunda oklar och vilseledande. Mäklaren måste ha insett att köparna blivit vilseledda och har därför brutit i sina skyldigheter.

Ärendet överklagades och behandlades av länsrätt och kammarrätt. Länsrätten ändrade inte nämndens beslut, men det gjorde kammarrätten. I domsluten slår domstolen fast att uppgiften i objektsbeskrivningen visserligen är riktig men då den har lämnats tillsammans med upplysning om att byggrätt fanns den även är oklar. Det har i utredning inte framgått att mäklaren haft kännedom om syftet med köpet, därför kan det inte ha ålegat mäklaren att närmare gå in på frågan om delning var möjlig. Oaktsamheten mäklaren trots allt gjort sig skyldig till genom att införa en oklar uppgift i objektsbeskrivningen var enligt domstolen ringa och varningen upphävdes.¹⁸³

Avgörandet är visserligen ett disciplinärende men kan ändå kasta ljus över en oaktsamhetsbedömning. Jag anser inte att avgörandet följer vad som framgår av övrig praxis rörande mäklares skyldigheter. Enligt vad jag anfört ovan ansvarar en mäklare för att information som denne står som ”producent” till är korrekt. Jag anser det även vara rimligt att information som ges i objektsbeskrivningen förväntas vara korrekt. I det här fallet har köparna inte haft anledning att ifrågasätta uppgifterna och därför inte heller haft anledning att meddela mäklaren att syftet var att dela fastigheten.

Mäklaren skall, utöver objektsbeskrivningen, även lämna en individuellt utformad boendekostnadskalkyl till den spekulant som har för avsikt att köpa objektet. Utformningen av kalkylen är problematisk på så sätt att det inte finns reglerat vad som skall ingå i beräkningen. Utgångspunkten är istället, som framgått ovan, att alla kostnader som är av betydelse skall tas med.¹⁸⁴ Även syftet med kalkylen får tjäna som rättesnöre; nämligen att boendekostnadskalkylen skall visa om köparen kommer att kunna klara bo kvar. Det är därför av stor vikt att mäklaren är mycket noggrann och uppmärksam när han utformar kalkylen.

Det förekommer med jämna mellanrum att mäklare helt underlåter att lämna en kalkyl. Jag redogör nedan för vad som får anses gälla i sådana situationer.

I FMNs ärende **2002-09-18:6** uppmärksammade nämnden att mäklaren vid en försäljning av en bostadsrätt inte upprättat en boendekostnadskalkyl. Mäklaren uppgav att eftersom köparen betalade kontant och det utöver månadsavgiften inte varit aktuellt med ytterligare kostnader, det inte funnits behov av en kalkyl.

Nämnden slog fast att bestämmelsen om att upprätta en boendekostnadskalkyl är ovillkorlig och endast kan frångås om köparen uttryckligen avstår från den. Påstår mäklaren att en köpare avstått från en kalkyl ankommer det på mäklaren att visa att det är på detta sätt. Nämnden menade vidare att endast det faktum att köpeskillingen erlaggs kontant inte fråntar mäklaren från skyldigheten. Mäklaren varnades då han inte lyckades visa att köparen avstått från en boendekostnadskalkyl.¹⁸⁵

¹⁸³ Kammarrätten i Stockholm dom 1999-08-30, mål nr 4709-1997.

¹⁸⁴ Se 6.1.7.1.2.

¹⁸⁵ Se till exempel även 2000-11-01:5, 2001-02-14:6, 2002-05-29:2 m. fl.

I ärende **2000-12-20:5** tilldelade FMN mäklaren en varning för att denne inte upprättat en kalkyl. Mäklaren uppgav att han inte upprättade någon kalkyl eftersom köparna ordnade lån genom egen kontakt på banken. Banken upprättade i samband härmed en kalkyl vilken skickades till honom. Nämnden klargjorde i mycket korta ordalag att det faktum att banken upprättat en boendekostnadskalkyl inte fritar mäklaren från sin skyldighet att tillhandahålla en beräkning över boendekostnaderna.

Mäklaren har följaktligen ett presumtionsansvar när det gäller förekomsten av boendekostnadskalkylen. Kan han inte visa att sådan upprättats, och kan han inte visa att köparna frivilligt har avstått från att få en kalkyl anses han ha handlat vårdslöst.

6.2.6.2 Vid avtalsslut

De skyldigheter mäklaren har i samband med avtalsslutet kan ofta sammankopplas med den rådgivnings- och upplysningsplikt mäklaren har när han utför sitt arbete. Jag kommer nedan att redogöra för två uppmärksammade rättsfall som belyser detta faktum. Rättsfallen utreder vilken aktsamhetsstandard mäklaren måste leva upp till i samband med avtalsslutet. **NJA 1997 s. 127 I och II** behandlar det ansvar mäklaren skall ha då köparen är beroende av att beviljas lån eller att få överta lån för att kunna betala köpeskillingen.

I **NJA 1997 s. 127 I** var omständigheterna som följer. Mäklaren hade anvisat en köpare till en bostadsrätt men köparen hävde sedermera köpet. Anledningen till hävningen var att köparen inte blivit beviljad de lån som enligt henne var en förutsättning för köpet. Köpare och säljare enades så småningom om en förlikning där köparen förband sig att till säljaren utge det belopp hon enligt köpeavtalet var skyldig att utge om köpet inte fullföljdes. Köparen väckte därefter talan mot mäklaren och yrkade ersättning för den skada hon lidit. Grunden för yrkandet var att mäklaren handlat oaktsamt då han förmått köparen att underteckna avtalet trots att han bort inse att lån inte var beviljat.

Mäklaren angav i sin utveckling av svaromålet att säljaren förklarar att köpet inte fick göras beroende av några som helst villkor då han var intresserad av en snabb affär. Detta upplyste han köparen om. Mäklaren kontaktade, i närvaro av köparen, banken för att få ett lån beviljat. De uppgifter rörande köparens ekonomiska förhållanden som han lämnade till banktjänstemannen hade han fått av köparen själv. Banktjänstemannen lämnade ett positivt beslut. Efter att köpekontraktet och låneansökan undertecknats inkom köparen med nya uppgifter till banken vilket medförde att lån inte kunde beviljas Båda parter har bekräftat de lämnade uppgifterna.

Högsta domstolen angav i sina domskäl att den som avser att köpa en bostad för personligt bruk i de allra flesta fall är beroende av att han beviljas lån i bank eller medges överta säljarens lån. Om en ansökning inte beviljas kan den presumtive köparen bli skyldig att ersätta säljaren dennes skada. Vidare menar HD att ”det kan förutsättas att de flesta enskilda köpare inte inser denna följd och därmed inte heller den risk de utsätter sig för”. Därför är det av väsentligt intresse att köpeavtalets giltighet görs beroende av att lån eller övertagande av lån beviljas. Ett sådant villkor är även till säljarens fördel eftersom säljaren i sådant fall inte behöver bli tvungen att eventuellt processa om skadestånd vilket kan dra ut på tiden och hindra säljaren att hitta en ny köpare.

Domstolen slår med ledning av det ovan sagda fast att mäklare i princip har två skyldigheter att uppfylla. Dels skall mäklaren upplysa köparen om följderna av att denne inte fullgör sin betalningsskyldighet på grund av att lån eller övertagande av lån inte beviljas. Dels skall mäklaren råda köparen till att begära att beviljandet tas in som ett villkor för köpets giltighet. Undantag från dessa skyldigheter bör endast kunna ske då ett

villkor inte skulle tjäna något egentligt syfte. Som exempel ges att det skulle framstå som praktiskt taget uteslutet att köparen inte skulle få erhålla, eller överta, lån. Vidare säger domstolen att det faktum att säljaren meddelat att han inte accepterar villkor av aktuellt slag inte befriar mäklaren från sina skyldigheter enligt ovan.

Det är i målet utrett att mäklaren inte upplyst köparen om följderna i fall hon inte betalade köpeskillingen. Domstolen fann att en undantagssituation inte förelåg eftersom det besked som lämnades av banktjänstemannen endast var ett preliminärt beslut och inte bindande. Domstolen säger även att om mäklaren uppfyllt sina skyldigheter, köparen skulle ha krävt att ett villkor togs in i köpeavtalet. Sammantaget finner domstolen att mäklaren agerat oaktsamt och åsidosatt sina skyldigheter enligt lagen.

Domstolen slår här alltså fast att mäklaren, i varje situation där köparen är beroende av lån, har en skyldighet att informera om konsekvenserna av att köpet inte fullbordas. Därutöver skall mäklaren rekommendera köparen att införa en klausul som villkorar köpet. Dock finns det undantag; i situationer där lån inte är nödvändigt för att finansiera köpet och i situationer där det framstår som uteslutet att lån inte kommer att beviljas. Zacharias menar att dessa undantag är av "akademisk karaktär" och jag är benägen att hålla med honom.¹⁸⁶ I de allra flesta fall får man utgå från att ett fastighetsköp kommer finansieras, åtminstone delvis, med lånade medel. Ett lån blir definitivt och bindande först när banken skrivit på skuldebrevet, meddelanden som lämnas dessförinnan kan i princip betraktas som preliminära. Detta oavsett hur oproblematiske situationen än verkar. I målet hade mäklaren enligt domstolen inte anledning att förlita sig på det besked som banktjänstemannen lämnade. Då det endast var preliminärt förelåg följaktligen ingen undantagssituation. Det är även viktigt att påpeka att de situationer där säljaren meddelar att han vägrar gå med på införandet av en villkorsklausul inte heller klassificeras som en undantagssituation. Det bör dock påpekas att skadeståndet i det här fallet jämkades på grund av köparen ansågs ha varit medvållande.

I **NJA 1997 s. 127 II** var omständigheterna följande. Köparna av en fastighet beviljades inte rätt att överta betalningsansvaret för befintliga lån. Då säljarna inte godtog en hävningsförklaring blev följden att fastigheten så småningom försålles på exekutiv auktion. Köparna yrkade sedermera att mäklaren skulle förpliktigas utge ersättning för den skada de lidit eftersom mäklaren agerat oaktsamt vid förmedlingen. Grunden för talan var i första hand att mäklaren varit oaktsam då hon, när hon fick information om att betalningsanmärkning fanns, inte tog kontakt med långivarna och förvissade sig om att ett övertagande av lånen skulle beviljas. I andra hand var grunden att mäklaren förfarit oaktsamt eftersom hon inte tillsåg att köpekontraktet villkorades av att övertagande av lån beviljades.

Mäklaren invände dels att säljarna gjort klart, för både mäklaren själv och köparna, att de inte skulle gå med på en återgångsklausul. I detta sammanhang påpekade mäklaren dels att skulle man "kräva att mäklaren skall tillse att suspensiva villkor förs in i kontraktet leder det till ett orimligt resultat som rubbar balansen i kontraktet på säljarens bekostnad; mäklaren är skyldig att beakta båda parterns intressen". Dels att köparna bagatelliserat betalningsanmärkningen och meddelat att köparens mor, som var banktjänsteman, skulle ordna finansieringen och upprätta en boendekostnads kalkyl. Mäklaren invände även att köparna meddelat att modern sagt att betalningsanmärkningen inte medförde problem vilket även visades av att de beviljats topplån med sämsta säkerhet.

Högsta domstolen börjar med att slå fast att köparnas första invändning inte kan bifallas då det skulle utsträcka mäklarens ansvarsområde allt för långt och inte stå i

¹⁸⁶ Zacharias s. 345.

överensstämmelse med lagen. Däremot anser domstolen, i enlighet med det första rättsfallet, att mäklaren, oavsett att säljarna meddelat att de inte godtar suspensiva villkor, har en skyldighet att upplysa köparna om konsekvenserna av att köpeskillingen inte kan betalas och ge förslag på hur dessa bör agera för att inte riskera att bli ersättningsskyldiga. I och med att finansieringen inte var klar vid kontraktsskrivningen har mäklaren försummat sin skyldighet genom att inte föra fram frågan om att villkora köpet. Denna skyldighet kan tänkas upphöra i en del fall. Ett exempel som domstolen ger är om uppdraget på något sätt skulle vara begränsat. Endast det faktum att köparna meddelat att de själva skulle ordna finansieringen befriar inte mäklaren från sina skyldigheter. Till sist slår domstolen fast, även detta i enlighet med det tidigare avgörandet, att införandet av en klausul även legat i säljarnas intresse.

Detta avgörande följer det första avgörandet och resultatet blir att det läggs en tung börda på mäklaren. För att mäklaren skall vara fri från skyldigheten att rekommendera parterna att ta in en villkorsklausul i köpeavtalet skall, förutom vad som nämnts i anslutning till det första rättsfallet, uppdraget vara begränsat. Av vad som framkom i domskälen är det inte tillräckligt att köparna endast meddelar att de avser sköta finansieringen på egen hand. För att mäklarens skyldighet skall falla bort, och uppdraget därmed vara begränsat, torde följaktligen krävas att köparna visar att finansieringen är klar innan kontraktsskrivning sker.

Kleineman har i en artikel utförligt analyserat rättsfallen. Han ställer sig något kritisk till den mycket låga nivå culpabedömningen lagts på. Jag håller med Kleineman, utrymmet för en culpabedömning är i det närmaste eliminerad och jag anser att aktsamhetskravet gått utöver vad som kan förväntas av en normalt aktsam mäklare. Som Kleineman påpekar konstaterar domstolen att mäklaren inte har tillsett att en villkorsklausul har införts i avtalet och därför har mäklaren agerat oaktsamt. Det spelar nästan ingen roll vilka argument mäklaren anför mot att han skulle ha agerat vårdslöst. Som exempel nämner Kleineman att det är märkligt att det helt utgås från att ”medborgare som ingår köpeavtal i miljonklassen skall antas sakna kännedom om sådana elementära förhållanden som att man måste ha pengar för att kunna betala de saker man avtalat om, samt att man blir skadeståndsskyldig om man trots detta köper något utan att kunna betala för det”. Vidare argumenterar han för att en ändamålsenlig culpabedömning fordrar att köparna visat att de inte kunnat förstå vikten av ett införande av en villkorsklausul och att mäklaren borde ha insett detta. Dessutom skulle det ha bedömts som sannolikt att klausulen skulle ha förts in i avtalet om ämnet förts fram under avtalsförhandlingarna.¹⁸⁷

När detta är sagt kvarstår faktum - mäklaren har en mycket långtgående skyldighet när det gäller att informera om behovet av klausuler och föreslå införandet av dessa i köpeavtalet. I princip kan sägas att mäklaren skall påpeka behovet av en villkorsklausul i alla situationer där finansieringen, av någon anledning, inte är löst. Detta oavsett vilken inställning säljaren har till sådana begränsningar. De rättsfall som jag har redogjort för ovan behandlar visserligen endast återgångsklausuler som görs beroende av att lån eller övertagande av lån beviljas men jag har inte funnit skäl att anta att vad som

¹⁸⁷ Kleineman JT 1997/98 s. 210, se s. 214.

anförts ovan inte skulle gälla övriga suspensiva villkor. Som exempel kan nämnas att ett köps bestånd villkoras av att köparna lyckas sälja sin gamla bostad.

Ännu en viktig aspekt som de aktuella rättsfallen belyser är problematiken kring mäklarens roll som opartisk mellanman. I **NJA 1997 s. 127 II** angav mäklaren att om det i en situation som förelåg i det aktuella fallet skulle krävas att mäklaren tillsåg att ett villkor fördes in i kontraktet, balansen i detta skulle rubbas på bekostnad av säljaren. Mäklaren menade vidare att det inte kunde vara rimligt då hon är skyldig att beakta båda parter intresse. Jag anser att invändningen har fog för sig. Om mäklaren, i en situation där säljarna klart och tydligt har sagt ifrån att de inte accepterar suspensiva villkor, ändå propsar på vikten av att införa sådana så är det inte märkligt om följderna blir att säljarna känner sig trampade på tårna. Härmed är inte sagt att jag inte anser att mäklaren bör informera köparna om följderna av att frångå avtalet. Gör han det, och samtidigt respekterar säljarnas önskan har han enligt min mening uppfyllt kravet på opartiskhet. Högsta domstolen anförde i domskälen att en villkorsklausul är till fördel även för säljarna då de också drabbas om köp inte fullföljs. Skulle så ske kan de bli tvungna att processa om ersättning vilket kan vara både kostsamt och tidsödande. Om köpet å andra sidan villkoras blir det, enligt domstolen, på ett tidigt stadium klart vad som gäller och säljarna kan börja leta efter nya köpare. Jag ställer mig frågande till att domstolen intar en sådan kategorisk inställning. Kleineman anför i sin artikel flera situationer där det inte alls framstår som en fördel för säljaren att acceptera en klausul av aktuellt slag. Det kan till exempel föreligga en konkurrenssituation på så sätt att det finns flera näraliggande bud och intresserade köpare. Det är då inte rimligt att förvänta att säljarna vill införa en klausul som gör att avtalet om köp svävar i luften.¹⁸⁸

Som det framgår har mäklaren en mycket svår avvägning att göra. Det gäller att på bästa sätt tillvarata båda parter intressen utan att riskera att förtroendet dessa har för mäklaren skadas.

¹⁸⁸ A.a. s. 215.

7 Avslutande kommentar

När den nya fastighetsmäklarlagen infördes, medförde den en nyhet vad avsåg mäklarens rättsliga ställning. Följden blev att mäklaren numera betraktas som en ”opartisk mellanman”. Som jag redan har konstaterat är den största förändringen att lagtexten numera anger att det föreligger en skyldighet för mäklaren att tillvarata både säljares och köparens intresse. Är det då rimligt att kräva att mäklaren förhåller sig opartisk i stort sett alla situationer? En viktig aspekt att ha i åtanke är att det är uppdragsgivaren, ofta säljaren, som debiteras för det utförda arbetet och denne tar ofta för givet att mäklaren ser till dennes bästa och inte springer ärenden åt motparten. Det ligger även nära till hands att anta att det hos mäklaren finns en form av lojalitetskänsla som kan medföra en, om än omedveten, vilja att tillgodose sin uppdragsgivare. Ett husköp, eller försäljning, är sannolikt den största affär en privatperson genomför och för de allra flesta är det en transaktion som endast sker ett par gånger under en livstid. En fastighetsförmedling kan vara komplicerad och medföra långtgående konsekvenser för parterna. Det är därför av stor betydelse att parterna kan vända sig till någon som besitter de relevanta kunskaperna och kan påtaga sig rollen som förmedlare och som båda parter kan känna förtroende för. Lösningen med en opartisk mäklare förefaller enligt min mening praktisk. Fördelen med att endast ha en utomstående involverad är att denne kan skapa sig en omfattande helhetsbild av situationen och alla åtgärder som skall vidtas sköts av en person. Zacharias menar, och jag håller med, att det möjligtvis skulle vara lättare att åstadkomma detta resultat om köpare och säljare delade på mäklararvodet. Antagligen skulle det även medföra att mäklaren inte kände sig bunden till sin uppdragsgivare i lika stor utsträckning.¹⁸⁹

Situationen med en opartisk mäklare medför dock att en svår avvägning måste göras. Mäklaren skall, för att använda en av Kleinemans termer, vara ”två herrars tjänare”.¹⁹⁰ Som har konstaterats i framställningen kan situationer uppstå där mäklaren förefaller vara klämd mellan två stolar. Denne skall till exempel råda köpare av en fastighet att införa villkorsklausuler i avtalet om köpet av någon anledning är osäkert. Så kan fallet vara om finansieringen inte är ordnad till fullo eller om den gamla bostaden skall säljas. Denna rådgivningsplikt är av vad som framkommit ovan i princip ovillkorlig vilket innebär att inte ens då säljarna meddelat att de inte kommer acceptera återgångsklausuler, befrias mäklaren från sin skyldighet. Detta kan vara svårt att förena med opartiskheten gentemot säljarna som med rätta kan känna att mäklaren argumenterar för köparens bästa.

¹⁸⁹ Zacharias SvJT 1994 s. 561, s. 564.

¹⁹⁰ Kleineman JT 1997/98 s. 210.

God fastighetsmäklarsed anses utgöra den övergripande aktsamhetsnormen och anger ramen för vad som betraktas vara aktsamt beteende. Jag har i arbetet konstaterat att det inte finns en klar definition av begreppet, syftet härmed är att god fastighetsmäklarsed skall vara föränderlig och kunna utvecklas i takt med att mäklarrollen ändras. Det finns dock en del punkter som utgör en förutsättning för god fastighetsmäklarsed. Fastighetsmäklarlagen har här en självklar plats. Tillsammans med förarbetena är den en utgångspunkt för bedömandet av mäklares aktsamhet, eller oaktsamhet om man så vill. I lagen anges vilka aktsamhetsnormer mäklaren är skyldig att rätta sig efter för att undvika att bli ersättningskyldig.

Som en följd av att mäklaren skall iaktta god fastighetsmäklarsed i allt vad han företar sig, sträcker sig ansvaret utöver vad som anges i lagen. Mäklaren kan, genom att påta sig att utföra uppgifter eller lämna råd, utöka sitt ansvarsområde. I sådana situationer kan det uppstå svårigheter med att avgöra på vilka grunder mäklaren skall hållas ansvarig för skada som drabbat parterna. Jag anser att det tillitsbaserade ansvaret utgör en andra norm för fastställandet av god fastighetsmäklarsed. Genom att bedöma om agerandet har medfört tillit hos mottagaren kan efterföljande en bedömning göras som undersöker om mäklaren agerat vårdslöst. Detta sker lämpligen enligt de för rådgivaransvaret så karaktäristiska måttstockarna metod- och informationsansvar. När det gäller att bedöma huruvida tillit föreligger har jag dock svårt att föreställa mig att det skulle uppstå problem i någon större utsträckning. Mäklaren agerar i en roll som i sig själv är förtroendegivande och kanske även auktoritär i vissa situationer. Det torde därför ankomma på mäklaren att särskilt noga poängtera att han inte har möjlighet, eller inte avser, att lämna fullt tillförlitlig information. Jag måste dock påpeka att jag inte har stött på några prejudicerande avgöranden som behandlar mäklarens ansvar för handlingar som inte direkt omfattas av lagen.

Syftet med denna framställning har varit att utreda grunderna för mäklarens skadeståndsansvar och att undersöka vad som anses vara oaktsamt. Mäklaryrkets speciella karaktär, där varje uppdrag är unikt och olika omfattande, medför att det är omöjligt att ge ett klart svar på vad som konstituerar oaktsamhet. Undantaget utgörs dock av de mer eller mindre absoluta skyldigheterna som till exempel mäklarens kontrollplikt och skyldighet att upprätta en boendekostnads kalkyl. Praxis ger här ett klart svar. Underlåtenhet att utföra dessa plikter medför, i de allra flesta situationer, ansvar. När jag väljer att beteckna en skyldighet som absolut skall det inte tolkas som att mäklaren har ett strikt ansvar. Det är, enligt FML, alltjämt oaktsamhet som utgör ansvarsgrund. Det kan, när det handlar om ovan nämnda situationer beskrivas som att det föreligger en presumtion för att underlåtenheten i sig är oaktsam.

Jag har flera gånger poängterat att utrymmet för en reell culpabedömning avseende mäklarens skadeståndsansvar förefaller vara begränsad. I situationer som jag nyss har nämnt kan man föreställa sig att rena misstag, till exempel räknefel i en boendekostnads kalkyl, skulle kunna innebära att

mäklaren inte hålls ansvarig. Detta eftersom även en normalt aktsam mäklare kan begå den typen av fel. Vad som dock slår mig, vilket även Broström påpekar, är den relativt rika förekomst av ärenden där mäklare helt och hållet har underlåtit att utföra dessa skyldigheter.¹⁹¹ Jag tycker att det borde vara en förutsättning, dessutom enkelt, för en mäklare att informera sig om vad som gäller och på så sätt undvika ersättningsansvar.

Inom flera områden anser jag att praxis har rört sig bort från referensramen ”normalt aktsam mäklare”. Möjligtvis kan denna utveckling vara knuten till de skyldigheter som är av störst betydelse för parterna. Culpabedomningen är i vart fall mycket sträng i vissa situationer. Enligt min mening kan den även vara oproportionerligt sträng. De prejudicerande avgörandena **NJA 1991 s. 127 I och II** utgör tydliga exempel. Mäklaren ställdes i de här fallen inför en domstol som inte tog hänsyn till att säljarna faktiskt sagt att de inte tänkte acceptera ett kontrakt med villkorsklausuler, inte heller fästes betydelse vid att köparna i det ena fallet meddelat att de själva skulle ordna finansieringen. Vad som dock kan förvåna mest är att det i det första avgörandet ansågs finnas adekvat kausalitet mellan den uppkomna skadan och mäklarens agerande. Detta trots att lån skulle ha beviljats på de uppgifter mäklaren fått tillgång till om köparen inte, efter kontraktets ingående, ändrat sina uppgifter. Jag anser att det är en orimlig börda som nu läggs på mäklaren. I synnerhet med tanke på att han även måste agera opartiskt och ta hänsyn till båda parternas intresse. Detta är en balansgång som är svår att lyckas med.

Ännu ett problemområde är undersökningsplikten, eller snarare upplysningsskyldigheten. Förarbetena tillsammans med viss praxis har här skapat ett osäkert rättsläge. Intentionen var, enligt förarbetena, att mäklarens undersökningsplikt skulle vara så begränsad att det inte uppstod någon konkurrens med köparens undersökningsplikt. Men med tanke på vad som anförts under 6.2.5 angående mäklarens utvidgade upplysningsskyldighet har en viss överlappning trots allt skett. Utvecklingen är olycklig sett ur såväl köparens och säljarens, som ur mäklarens perspektiv. Ett klargörande i form av ett prejudicerande avgörande är önskvärt.

Konsekvensen av att utvecklingen går mot ett skärpt aktsamhetskrav för mäklarkåren, i enlighet med **NJA 1991 s. 127 I och II** samt vad som ovan sagts, kan bli att mäklaryrket kommer att genomgå en grundläggande förändring. Redan nu kan en tendens skönjas med de så kallade självsäljarpaketerna. Tendensen har uppmärksamats av Zacharias som ser utvecklingen som ett resultat av mäklarens utökade ansvar. Självsäljarpaketet innebär i princip att säljaren gör den största delen av arbetet och att mäklaren bistår med till exempel upprättande av objektsbeskrivning.¹⁹² Det väsentliga är att ett förmedlingsuppdrag inte existerar. På så sätt undviker mäklaren det långtgående ansvaret ett förmedlingsuppdrag annars innebär. En annan tänkbar utveckling är att mäklaren utför ett komplett

¹⁹¹ Broström s. 147.

¹⁹² Zacharias s. 186.

förmedlingsuppdrag men med den konsekvensen att säljaren får betala ett högre pris än vad som är normalt idag. Mäklaren skall för att säkra sig mot ersättningskrav utföra ett omfattande undersökningsarbete, och även vara mycket noggrann med att säkra bevisning som styrker att han har uppfyllt sina skyldigheter. Detta är resurskrävande både vad avser tid och pengar.

Jag ställer mig kritisk till en utveckling med självsäljarpaket och ökade provisionskostnader. Syftet med FML är att i stor utsträckning skapa en trygghet för konsumenterna. Mäklarna besitter ofta stor erfarenhet och kunskap som är ovärderlig för den, ibland, okunnige konsumenten. Genom att påtvinga mäklarna ett ansvar där utrymmet för ett oaktsamt handlande är minimalt anser jag att konsumenterna görs en björntjänst. Med utsikter om att en stor del av priset för en försäljning skall utgöra provision tror jag att allt fler kommer lockas av att genomföra affären på egen hand. Detta är ett resultat som inte alla gånger är önskvärt. Även om pengar kan sparas i det initiala skedet finns risker att problem uppkommer vid ett senare tillfälle som skulle ha kunnat undvikas om en mäklare ansvarat för hela förmedlingen.

Sett i ljuset av vad jag ovan har konstaterat vill jag ändå framhålla att det är önskvärt, och rimligt, att mäklaren har ett relativt långtgående ansvar för sitt agerande. De bistår konsumenter i en komplicerad fråga och dessa bör med rätta kunna ställa krav på att mäklaren utför sitt uppdrag med nödvändig noggrannhet och aktsamhet. Det är dock lika viktigt att mäklarens ansvar verkligen är ett oaktsamhetsansvar och att dennes agerande bedöms utifrån hur en normalt aktsam mäklare skulle ha agerat.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck:

Departementspromemoria DsJU 1992:87 *Ny fastighetsmäklarlag.*

Proposition 1983/84:16 *Fastighetsmäklare.*

Proposition 1994/95:14 *Ny Fastighetsmäklarlag.*

SOU 1981:102 *Fastighetsförmedlingslag, betänkande av småhusköpkommittén.*

SOU 1999:35 *Fastighetsmäklarnämnden – effektivare tillsyn.*

Litteratur:

Ankarswed, Christer: *Fastighetsmäklarens ansvar enligt 9-14 §§ i Lagen (1984:81) om fastighetsmäklare*, Uppsala 1994.

Braekhus, Sjur: *Meglerens rettslige stilling*, Oslo 1946.

Broström, Mats: *Fastighetsmäklare – aktsamhetskrav och oaktsamhetsansvar vid fastighetsförmedling*, Stockholm 1995.

Cervin, Ulf: *Fastighetsmäklaren*, Kristianstad 1991.

Cervin, Ulf och Sallnäs, Ulf: *Fastighetsmäklaren – en kommentar till 1995 års fastighetsmäklarlag*, tredje uppl. Malmö 1995.

Grauers, Folke: *Fastighetsköp*, femtonde uppl. Lund 2001.

Gullefors, Björn: *Ansvar och skadestånd*, Näsviken 2002.

Hellner, Jan och Johansson, Svante: *Skadeståndsrätt*, sjätte uppl. Stockholm 2002.

Kleineman, Jan: *Ren förmögenhetskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*, Stockholm 1987.

Peczenik, Alexander: *Juridikens teori och metod*, Göteborg 1995.

Stiegler, Anders: *Fel vid villaköp – Om besiktningsmannens och fastighetsmäklarens ansvar för fel i fastighet*, Stockholm 2000.

Tiberg, Hugo och Dotevall, Rolf: *Mellanmansrätt*, nionde uppl. Stockholm 1997.

Zacharias, Claude: *Fastighetsmäklarlagen i praktisk tillämpning*, andra uppl. Stockholm 2001.

Artiklar:

Fehr, Martin: "Mäklarens rättsliga ställning", *SvJT* 1925 s. 89.

Hanberger, Anna: "Fastighetsmäklaren – en opartisk mellanman", *JT* 1995/96 s. 561.

Kleineman, Jan: "Fastighetsmäklarens informationsskyldighet", *JT* 1997/98 s. 210.

Kleineman, Jan: "Rådgivares informationsansvar – en probleminventering", *SvJT* 1998 s. 185.

Mäklarsamfundets ansvarsnämnd: "Ansvarsnämndens uttalande om icke registrerade medhjälpare i förmedlingsarbetet", *Fastighetsmäklaren* nr 3 1987.

Zacharias, Claude: "Kan fastighetsmäklaren vara en opartisk mellanman", *SvJT* 1994 s. 561.

Zacharias, Claude: "Ett minerat gränsland eller har mäklaren en undersökningsplikt?", *SvJT* 1994 s. 204.

Övrigt material:

KOVFS 1996:4

Mäklarsamfundets stadgar 2004

Remissammanställning Ju Dnr 92-3250

www.maklarsamfundet.se 2004-01-13

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen:

NJA 1991 s. 127 I och II
NJA 1991 s. 625
NJA 1991 s. 725
NJA 1997 s. 667

Kammarrätten:

Dom 1999-08-30, mål nr 4709-1997

Fastighetsmäklarnämndens avgörande, Årsbok 2000-2002:

2000-02-23:1
2000-02-23:2
2000-04-26:6
2000-09-06:6
2000-11-01:5
2000-11-29:4
2000-11-29:15
2001-01-24:3
2001-02-14:6
2001-02-14:9
2001-09-12:3
2001-10-03:1
2001-12-12:7
2002-02-18:3
2002-03-20:8
2002-05-08:4
2002-05-29:2
2002-06-19:12
2002-09-18:6
2002-12-21:5

Fastighetsmäklarnämndens avgörande:

Beslut 1997-03-03, Dnr 20-836-96