



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Lars Guttman

Fastighetsmäklaren – myt eller människa?

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Per Hellsvik

Ämnesområde
Fastighetsrätt

Termin
VT 1998

SAMMANFATTNING	2
FRÅGESTÄLLNINGARNA	2
<i>Är mäklaren en opartisk mellanman?</i>	2
<i>God fastighetsmäklarsed</i>	4
<i>Dansk mäklarlag</i>	4
<i>Lösningsförslag</i>	4
FÖRORD.....	5
FÖRKORTNINGAR.....	6
UPPSATSENS ORIENTERANDE DEL	8
INLEDNING OCH AVGRÄNSNINGAR	8
<i>Syftet med uppsatsen</i>	8
<i>Diskussionsmallen</i>	9
MÄKLAREN I ETT HISTORISKT PERSPEKTIV	11
<i>Mäklarrollens framväxt och dess betydelse i europa</i>	11
<i>Fastighetsmäklarens svenska historia</i>	12
FASTIGHETSMÄKLARLAGEN	13
<i>Allmänt</i>	13
<i>Allmänna bestämmelser</i>	13
<i>Den näringsrättsliga regleringen</i>	14
<i>Lagens civilrättsliga del</i>	15
BEGREPPET MELLANMAN OCH UNDERGRUPPER	16
<i>Allmänt</i>	16
<i>Den traditionella synen</i>	19
<i>Mäklarrollens förändring</i>	20
DEN RÄTTSPOLITISKA FRÅGAN - KONSUMENTSKYDDET	21
<i>Bakgrund och framväxt</i>	21
<i>Frågans reglering i mäklarlagen</i>	23
UPPSATSENS FÖRSTA FÖRDJUPANDE DEL.....	25
FASTIGHETSMÄKLARROLLEN ENLIGT GÄLLANDE RÄTT	25
<i>Mäklaren - myt eller människa</i>	25
<i>Mäklaren som uppdragstagare</i>	25
<i>Kritiska remissinstanser</i>	27
Sveriges Advokatsamfund.....	27
Andra kritiska instanser.....	28
<i>Den opartiske mäklaren - en kodifiering av praxis?</i>	30
Tidigare rekommenderade handlingsnormer	30
Kritiken kvarstår.....	31
<i>Mäklarlagens dolda undantagsregel</i>	32
Köparen lever farligt	32
Uppdragsgivarens privilegium	33
<i>Lagens ombudsförbud</i>	39
<i>Skälen mot den av lagstiftaren förfäktade åsikten</i>	40
<i>Tänkbar invändning mot resonemanget</i>	41
<i>Självintråde och handel med fastigheter</i>	42
Allmänt.....	42
Självintråde	42
Handel med fastigheter.....	43
UPPSATSENS ANDRA FÖRDJUPANDE DEL.....	45
KÖPARENS SKYDD I LAG OCH BEGREPPET GOD FASTIGHETSMÄKLARSED	45
<i>Omsorgspliktens räckvidd</i>	45
<i>Köparens lagskydd</i>	45
<i>Räckvidden av god mäklarsed och begreppets innehåll</i>	49
ETT RÄTTSTEORETISKT SYNSÄTT	51

<i>Rättspositivism kontra rättsrealism</i>	51
<i>Legitimitet</i>	53
KONSEKVENSER FÖR MÄKLARKÅREN	55
KÖPARENS RÅDGIVARE.....	57
FASTIGHETSMÄKLARNÄMNDENS NUVARANDE PRAXIS.....	59
UPPSATSENS TREDJE KOMPARATIVA DEL	63
DANSK MÄKLARLAG	63
<i>Den danska regleringen före 1 januari 1994</i>	63
<i>Danmarks nya reglering</i>	66
Betänkandet.....	66
Den nu gällande danska mäklarlagen	67
Den pragmatiska danska hållningen	68
MÄKLARENS SKYLDIGHETER I LAG	70
<i>Besiktning av objektet</i>	70
<i>Marknadsföring</i>	71
<i>Boendekostnadskalkyl</i>	72
<i>Upplýsningsskyldighet</i>	73
<i>Kontrollansvaret</i>	74
<i>Mäklarfullmakt</i>	74
UPPSATSENS AVSLUTANDE DEL	76
LÖSNINGSFÖRSLAG	76
<i>Delad provision - delad lojalitet</i>	76
<i>Parterna företräds av var sitt ombud</i>	77
UPPSATSENS KONKLUSIONER RÖRANDE FRÅGESTÄLLNINGARNA	79
SLUTORD	80
BILAGA A	81
BILAGA B.....	85
LITTERATURFÖRTECKNING	87
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	90

Sammanfattning

Frågeställningarna

Den 1 oktober 1995 trädde nu gällande mäklarlag, lag (1995:400), i kraft. Lagen ersatte den tidigare på området, lag (1984:81). Lagen ger upphov till några frågeställningar, väl värda att närmare diskutera. De frågeställningar, som belyses i föreliggande arbete, framgår nedan.

Är mäklaren en opartisk mellanman?

En fråga, som väckt berättigad kritik, är den i förarbetena till lagen¹ förfäktade synen på mäklarrollen. Där framförs att mäklaren skall ses som en opartisk mellanman. I denna roll skall mäklaren agera omsorgsfullt, och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. Vidare antas att mäklaren skall vara en i förhållande till parterna obunden person, som kan tillvarata båda parter intressen.

En mängd remissinstanser var kritiska mot den syn på mäklaren som framfördes. Åsikter av liknande karaktär hade tidigare framförts i kommittébetänkande² under utarbetandet av tidigare mäklarlag. Även vid denna tidpunkt väcktes kritiska röster mot förslaget. Tongivande var kritik från Sveriges Advokatsamfund, som starkt ifrågasatte den av kommittén framförda synen. Påverkad av kritiken, accepterade föredraganden att den av kommittén framförda synen inte var realistisk,³ vad gällde de rent affärsmässiga frågorna som aktualiseras i en affär. Visserligen borde mäklaren tillgodose båda parter berättigade intressen, vad gällde till exempel information om förhållanden som kunde vara av betydelse för dem. Att ensidigt iaktta ena partens intresse kunde föredraganden inte acceptera. Han kunde emellertid inte heller acceptera att mäklaren i lika mån beaktade säljarens medkontrahents intresse.

Genom föredragandens ställningstagande i frågan, klargjordes att synen på mäklaren som en opartisk mellanman inte var en kodifiering av gällande rätt. Att så skulle vara fallet hade framförts under arbetet med dåvarande mäklarlag. Klarsynt påverkad av remissinstansernas kritik, insåg dock föredraganden det orimliga i denna åsikt.

Som anförts återkom frågan under förarbetena till nuvarande mäklarlag. Den i förarbetena till tidigare mäklarlag framförda acceptansen av de

¹Prop. 1994/95:14.

²SOU 1981:102, Fastighetsförmedlingslag. Betänkande av Småhuskommittén.

³Prop. 1983/84:16 s. 13.

affärsmässiga förhållandena, tycks vara en nagel i ögat på regeringen. Något motvilligt accepteras dock även här att mäklaren i affärsmässiga förhållanden äger tillvarata sin uppdragsgivares intressen, framför dennes medkontrahent. Enligt mitt sätt att se på saken, innebär denna acceptans också ett avståndstagande från synen på mäklaren som en opartisk mellanman. Detta torde i sin tur innebära att mäklaren, i likhet med andra uppdragstagare, skall leva upp till den i lag fastslagna omsorgsplikten gentemot sin uppdragsgivare. I förarbetena framhålls dock den åsiktsinriktning som menar att mäklaren skall vara en i förhållande till båda parter obunden person, en opartisk mellanman. Denna syn på mäklarens rättsliga ställning har även kommit till uttryck i lagen.

Därmed har en olycklig diskrepans uppkommit mellan lagförarbeten och lagens lydelse. Inte nog med att mäklarrollen enligt lagen avviker från vad som ansetts böra gälla i uppdragsförhållanden i allmänhet. Lagen är dessutom inte tydlig, eftersom det av dess lydelse inte framgår att de fall där mäklaren skall agera opartiskt och tillvarata båda parter intressen är begränsade till sådana fall som inte kan anses röra affärsmässiga förhållanden. Det accepterades ju i förarbetena att i dessa förhållanden äger mäklaren tillvarata sin uppdragsgivares intresse, till nackdel för medkontrahenten.

Man kan ifrågasätta det rimliga i att ge mäklaren en annan roll, än den som ges övriga uppdragstagare. Den som kontaktar en mäklare bör ses som en beställare av en tjänst. Det skulle säkerligen i andra fall framstå som anmärkningsvärt, om inte beställaren (uppdragsgivaren) ägde ställa lojalitetskrav på uppdragstagaren att denne skulle tillvarata beställarens intresse i första hand (omsorgsplikt). Även mäklaren borde ges denna rätt tillvarata sin uppdragsgivares intresse. Den här förespråkade omsorgsplikten innebär dock inte att uppdragsgivarens medkontrahent därmed intar en omotiverat osäker ställning. Av lag bör framgå skyldigheter som mäklaren skall leva upp till, i förhållande till medkontrahenten. Dessutom förespråkas i detta arbete att mäklaren skall åläggas en skyldighet upplysa sin uppdragsgivarens medkontrahent att denne kan, och bör, kontakta eget ombud i affären.

I anslutning till frågan om mäklarens rättsliga ställning, diskuteras förarbetenas betydelse i svensk rätt i dag och vilka förändringar som i framtiden kan komma att bli aktuella på detta område. Frågan blir aktuell på grund av den diskrepans som idag föreligger mellan förarbeten och lagtext. Konklusionen är att förarbeten i framtiden torde förlora mycket av den starka ställning som de traditionellt haft i svensk rätt.

God fastighetsmäklarsed

Begreppet god fastighetsmäklarsed är grundläggande för nu gällande mäklarlags funktion. I detta arbete belyses begreppets innebörd, samt diskuteras om det är rimligt att ett för mäklaren så centralt begrepp inte är legaldefinierat. Det konstateras i arbetet att det faktum att begreppet inte är legaldefinierat, knappast kan anses som något uppseendeväckande. Bland annat pekas på att ett flertal likartade begrepp existerar i svensk rätt, utan att dessas materiella innehåll framgår i lag.

Dansk mäklarlag

Ett komparativt avsnitt ägnas den danska mäklarlagen, och synen bakom denna reglering. Det påvisas att den danske mäklaren skall agera professionellt, och iaktta ett flertal i lag angivna skyldigheter. Det framgår också, att den danska mäklarlagen intar en mycket pragmatisk och verklighetsförankrad inställning till mäklarens yrkesroll och förhållande till parterna. Det uttalas klart att mäklaren skall tillvarata sin uppdragsgivares intresse i första hand, och i övrigt agera efter de lagbundna skyldigheter som åligger honom. Ett klart uttalat syfte med den danska regleringen är att båda parter skall bistås av var sitt ombud.

Lösningsförslag

Arbetet utmynnar i den konklusionen, att svensk rätt i framtiden skall ge mäklaren möjlighet agera som den uppdragstagare han är. I denna egenskap skall han iaktta sin uppdragsgivares intresse i första hand (omsorgsplikt). Han skall, som motpol till omsorgsplikten gentemot uppdragsgivaren, iaktta vissa lagbundna skyldigheter i förhållande till sin uppdragsgivares medkontrahent. I övrigt skall begreppet god mäklarsed vara vägledande för mäklaren i hans yrkesutövning.

Förord

Detta arbete fokuseras på två huvudfrågeställningar rörande fastighetsmäklaren. Dels behandlas mäklarens rättsliga ställning i förhållande till parterna i en fastighetsaffär, dels behandlas det förhållandet om det kan anses vara rimligt att det i lagen centrala begreppet god fastighetsmäklarsed inte är legaldefinierat.

Arbetet och dess frågeställningar har ett särskilt intresse för mig, eftersom jag under ett antal år agerat fastighetsmäklare. Arbetet har förmodligen påverkats av denna erfarenhet och synen på frågeställningarna torde därför anta en praktiskt färgad ton. Tanken att dessa frågor skulle behandlas i mitt examensarbete har legat latent under hela min utbildningstid.

Trots egen övertygelse vad gäller innehållet i det i arbetet framförda lösningsförslaget, närmade jag mig denna uppgift med respekt. Till min glädje, om än inte förvåning, fann jag att åtminstone frågeställningen rörande mäklarens rättsliga ställning var kontroversiell. Med detta menar jag att det i debatten framförs två diametralt skilda synsätt på mäklarrollen. Därmed torde eventuellt detta arbete till någon del kunna vara av praktiskt intresse.

Vidare fann jag, då en komparativ utblick skulle företas, att de tankar som föresvävade mig angående synen på mäklaren kanske inte var fullt så exotiska som jag först trott. Visserligen brukar vi här i landet se på danskar som mer kontinentala än oss själva - men så särskilt exotiska vill jag väl inte kalla dem! Den mäklarlag som gäller i Danmark sedan 1 januari 1994 uppvisar, enligt min mening, ett mycket attraktivt, balanserat och verklighetsförankrat synsätt på frågan om mäklarens rättsliga ställning. Det var för mig en uppfriskande nyhet, då jag tog del av denna reglering. Man skall som bekant inte gå över ån för att hämta vatten. Däremot borde det vara lämpligt att inom kort nyttja bron, för att låta den svenska mäklarrollen färgas av det danska synsättet.

Lund i april 1998

Lars I Guttman

Förkortningar

a.a.	anfört arbete
AFR.	Auktoriserade fastighetsmäklares riksförbund
anm.	anmärkning
bet.	betänkande, betænkning (da.)
CFN.	Centrala fastighetsnämnden
da.	dansk, danska
dnr.	diarienummer
Ds.	departementsskrivelse
EG.	Europeiska gemenskapen
etc.	etcetera
EU.	Europeiska unionen
FMF.	Fastighetsmäklarförbundet
FMN.	Fastighetsmäklarnämnden
FRN.	Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd
HD.	Högsta domstolen
IM.	Inskrivningsmyndigheten
Jmfr., jf. (da.)	jämför(t)
JT	Juridisk Tidsskrift
kap.	kapitel
KK.	Kunglig kungörelse
KOVFS.	konsumentverkets författningssamling
lat.	latin
LU.	Lagutskottet
MD.	marknadsdomstolen
NJA.	Nytt juridiskt arkiv
pkt.	punkt (da.)
prop.	proposition
s.	sida
SAF.	Sveriges aktiva fastighetsmäklares riksförbund
sk.	så kallat, så kallad
SOU.	Statens offentliga utredningar
st.	stycke
stk.	stycke (da.)
SvJT.	Svensk juristtidning
t ex.	till exempel
uppl.	upplaga

Uppsatsens orienterande del

Inledning och avgränsningar

Syftet med uppsatsen

I denna uppsats skall fastighetsmäklarrollen belysas. Av primärt intresse kommer frågorna om fastighetsmäklarens skyldighet att utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iakttä god fastighetsmäklarsed⁴ att vara. Mäklaren skall därvid, enligt fastighetsmäklarlagen,⁵ tillvarata både säljarens och köparens intresse. Medför denna reglering att mäklaren kan komma i lojalitetskonflikt med en av parterna då han fullgör sitt uppdrag? Är det överhuvudtaget möjligt att agera på ett sådant sätt att båda parter intressen tillgodoses, speciellt med tanke på att det generellt är säljaren som lämnar försäljningsuppdrag till mäklaren, och som betalar provisionen? Är det möjligt att tillvarata båda parter intressen i en situation där dessa intressen står i motsats till varandra? Är det möjligt att tjäna två parter samtidigt, i en och samma affär?

I princip kan två synsätt vad gäller mäklarens ställning sägas vara aktuella. Dessa står i motsats till varandra. Det ena synsättet, att mäklaren skall ses som en opartisk mellanman, benämns i förarbetena något självsäkert som *traditionellt*.⁶ Det andra synsättet, att mäklaren skall agera lojalt och tillvarata sin uppdragsgivares intresse i första hand, kan väl då här benämnas som *reellt* (i betydelse verklighetsförankrat).

Synen på mäklaren som en opartisk mellanman har varit föremål för omfattande kritik. Att lagen är uppbyggt på, och i mångt och mycket styrd av, detta kritiserade förhållande inger betänkligheter. Det föreligger en uppenbar risk att mäklarens praktiska yrkesroll kan komma i direkt kollision med lagens intentioner. Detta innebär inte bara risker för säljare och köpare, utan även för mäklaren.

De frågor som närmare kommer att behandlas är bland andra: Är mäklaren säljarens ombud eller är mäklaren en opartisk mellanman? Är mäklarrollen, såsom den kommer till uttryck i lagen, ändamålsenlig? Är lagen klar och entydig vad vad gäller mäklarens roll?

Ett centralt begrepp i mäklarlagen är god fastighetsmäklarsed.⁷ Den civilrättsliga regleringen i lagen grundas i stort på detta begrepp. Men vad

⁴Fastighetsmäklarlag (1995:400) 12 §.

⁵Fortsättningsvis mäklarlagen.

⁶Prop. 1994/95:14 s. 41.

⁷Fortsättningsvis god mäklarsed.

innebär god mäklarsed? Det finns ingen legaldefinition av begreppet, utan man får förlita sig på den konkretisering och utveckling av det som följer av uttalanden från mäklarbranschen och tillsynsmyndigheten, Konsumentverkets riktlinjearbete samt rättsliga avgöranden.⁸ Även om begreppets materiella innebörd kommer att behandlas här, görs ingen utfästelse att denna redogörelse är uttömmande. Enligt förarbetena skall god mäklarsed även fortsättningsvis utvecklas och konkretiseras i praxis. Detta är begreppets styrka men också dess svaghet. Är det rimligt att ett för mäklaren så centralt begrepp som god mäklarsed inte är definierat i lag.

Är det rimligt att mäklarlagen grundas på ett synsätt som mött mycket hård kritik från olika instanser, och som utmynnat i en reglering som mäklarens yrkesroll svårligen passar in under? Är det rimligt att ett centralt begrepp för en viss yrkesgrupps agerande på marknaden inte framgår i lag? I litteraturen tycks synen på mäklaren som opartisk mellanman vara uppmärksam, och stundtals kritiserad. Med detta menas att det förtjänstfullt, av och till, flyter upp kritiska artiklar,⁹ eller i vart fall skeptiska åsikter,¹⁰ rörande den i förarbetena och lagen framförda synen på mäklaren. Men något mer konkret initiativ att mer grundläggande genomlysning dagens fastighetsmäklarroll, och den verklighet mäklaren arbetar i, har inte stått att finna. Syftet med detta arbete är att i någon mån belysa och diskutera dessa frågor, samt framföra framtida lösningsförslag.

Diskussionsmallen

Fortsättningsvis kommer uppsatsen att koncentreras på den typiska konstellationen i en fastighetsaffär där privatpersoner är parter. Diskussionen följer huvudsakligen den renodlade säljar/köpar-relationen, där mäklaren erhåller *försäljningsuppdrag* från säljaren och genom annonsering och andra marknadsföringsåtgärder kommer i kontakt med presumtiva köpare. Denna relation är den absolut vanligaste vid fastighetsöverlåtelser där privatpersoner är parter. Den typ av förmedling där mäklaren erhåller ett *köppuppdrag* från en intressent kan också förekomma. Denna typ av uppdrag torde dock vara förhållandevis ovanlig i den form av förmedlingsavtal som här avses diskuteras.¹¹ För att fungera som mall för denna uppsats, och de frågor som avses behandlas här, fungerar dock den generella säljar/köpar-relationen väl.

Perspektivet vidgas dock i det framförda lösningsförslaget. Det framgår där att de lagbundna skyldigheterna som åligger en mäklare kan gälla i

⁸Prop. 1994/95:14 s. 40.

⁹Till exempel advokat Claude Zacharias, SvJT 1992 s.796ff., och SvJT 1994 s. 561ff.

¹⁰Christer Ankarswed, Fastighetsmäklarens ansvar enligt 9-14 §§ i lagen (1984:81) om fastighetsmäklare, s. 100.

¹¹Det kan förekomma att mäklare idag erhåller uppdrag från köpare. Det torde då röra sig om vissa speciella objekt, till exempel skogsfastighet eller annan fastighet med speciella mark eller byggnadsförhållanden.

förhållande till både säljare och köpare, beroende på vilken roll mäklaren spelar i det konkreta fallet. Vidare kommer mäklarbegreppet att ges ett vidare betydelseområde än dess juridiska bestämning. Detta för att renodla framställningen. Detta är anledningen till att ordet mäklare används, i de tillfällen det vore juridiskt mer korrekt att tala om ombud eller rådgivare. De båda sistnämnda begreppen förekommer dock också i framställningen.

Uppsatsen söker utifrån en de lege lata-syn, med stöd av rättshistoriskt- och komparativt perspektiv, påvisa lösningsförslag de lege ferenda.

De i uppsatsen diskuterade frågorna rör de förmedlingsobjekt som faller in under nuvarande mäklarlags tillämpningsområde.¹² Fortsättningsvis kommer enbart begreppet fastighet att användas i framställningen, trots att även de övriga objektsformerna avses. Detta är ett led i en önskan att förenkla för läsaren, genom att texten förhoppningsvis därmed blir mer lättillgänglig.

Vidare kommer hänvisningar till den nu gällande mäklarlagen enbart att indikeras med paragrafhänvisningar. Således kommer ordet *mäklarlagen* inte att anges i anslutning till paragrafhänvisningar, då dessa avser den nu gällande svenska lagen.¹³ Undantag från detta görs dock i avsnittet som berör dansk lag, i syfte att undanröja risk för sammanblandning mellan dansk och svensk lag. Då hänvisning sker i detta avsnitt till svensk lag, framgår det explicit att den svenska lagen avses.

Fotnotsystemet har i arbetet inte uteslutande använts för att hänvisa till förarbeten och andra källor. I en inte ringa omfattning används även fotnoterna för att ge läsaren konkret information om de aktuella frågeställningarna, då denna information bedömts vara av intresse utan att lämpligen, vid tillfället, kunna passa in i texten.

Benämningen *medkontrahent* nyttjas genomgående då en säljares eller köpares motpart avses. Även om benämningen motpart kanske skulle förordas av läsekretsen, har jag valt det förra begreppet. Anledningen till detta är att begreppet synes vara mer lämpat för den typ av avtal som här avses, mot bakgrund av att det (oftast) grundas på båda parterens fria viljor.

¹² §.

¹³ Se till exempel föregående not.

Mäklaren i ett historiskt perspektiv¹⁴

Mäklarrollens framväxt och dess betydelse i europa

Mäklarsysslan är känd sedan mycket länge. Redan i ganska primitiva samhällen fanns denna syssla representerad. Handeln mellan olika språkområden och kulturer möjliggjorde att denna yrkesroll skapades. Det fanns helt enkelt ett faktiskt behov av en mellanman i dessa situationer.

Mäklaryrket var starkt representerat redan under antiken. Mäklarens tjänster inskränkte sig inte enbart till rena varutransaktioner, utan var även vanligt förekommande vid köp av tjänster. Denna form av köp av tjänster var fullt legitimt i det antika Rom. Detta var en konsekvens av det speciella trohetsförhållande, bland annat genom det så kallade klientsystemet, som det romerska samhället var uppbyggt kring. Om en person åtog sig för annan, att utföra ett uppdrag grundat på *mandatum* (konsensualavtal), innebar detta att uppdraget skulle utföras vederlagsfritt. Grunden för det trohetsförhållande som rådde i romarriket spann ur begreppet *fides* (trohet, uppriktighet, ärlighet). Denna ärlighet skulle iakttas ömsesidigt inte endast mellan bekanta, utan även mellan individer som stod i någon form av viss relation till varandra, till exempel på grund av det tidigare nämnda klientsystemet.¹⁵

Då Romarriket tynade bort i förfall omkring 470 e kr, och europa föll in i folkvandringstiden, minskade behovet av mäklare. Den handel som då förekom var inte av den omfattning och karaktär att något större behov av mäklare förelåg. Tillämpningen av den romerska mäklarrätten torde därför till stor del ha avstannat i och med vulgariseringen av den romerska rätten. Under medeltiden, och stadsstaternas framväxt, ökade så handeln och ånyo uppstod ett behov av mäklare.

Mäklarsysslan rörde så gott som uteslutande varor och något behov av fastighetsmäklare förelåg knappast. Den lilla elit som hade möjlighet förvärva fast egendom kunde göra så via andra yrkesmän, oftast advokater. Folk i gemen hade ingen möjlighet att reflektera över dessa frågor, för dem var det frågor av annan karaktär som måste lösas först.

Det fanns vid denna tid, åtminstone i sydeuropa, särskilda mäklarordningar av offentligrättslig karaktär. Mäklaren var således anställd i det offentliga tjänst. Mäklarna skulle vara opartiska, vilket var rimligt med tanke på deras ställning som tjänstemän, och de fick inte bedriva egenhandel. Det följde även av mäklarens ställning som offentligt anställd tjänsteman att parterna skulle svara för halva provisionen var. Mäklarersättningen var offentligt fastställd.

¹⁴Detta avsnitt är till största delen baserat på SOU 1981:102 s. 37 ff.

¹⁵Ditlev Tamm, Romersk rätt och europeisk rättsutveckling, 2 uppl., s. 52 och 159.

Mäklarväsendet utsträcktes geografiskt allt eftersom handelsförbindelserna utvecklades. Inom det nordtyska Hansaområdet fanns ett välutvecklat mäklarväsende. Även här var det offentlighetsliga inslaget betydande, även om mäklarna nu var privata köpmän. Mäklartillstånden förekom även i Norden, där de äldsta kända är från mitten av 1600-talet.

Fastighetsmäklarens svenska historia

Den tidigaste svenska författningen om mäklare är från år 1720, och gällde till mitten av nästa århundrade. Den reglerade mäklarsysslan både vad gällde fast och lös egendom. Mäklaren var inte anställd av det allmänna men måste för att få utöva sitt yrke avlägga ed inför magistraten, det allmänna. Mäklarordningen fastställde provisionen, vilken säljare och köpare skulle betala hälften var av. Mäklarordningen angav vidare att mäklaren inte fick agera otillbörligt till förmån för ena parten till skada för den andre. En högst rimlig regel, eftersom bägge parter erlade provision i lika delar till mäklaren. Han hade därmed skyldigheter gentemot bägge parter.

Den år 1720 antagna mäklarordningen ersattes år 1853 av en ny. I likhet med den tidigare, rörde även denna mäklarordning köp och försäljning av såväl fast som lös egendom. Även enligt den nya ordningen skulle provisionen till mäklaren erläggas av bägge parter, i lika delar. Detta gällde såvida inget annat bestämts. Denna mäklarordning ersattes 1872 av en ny.

Samtliga av de ovan angivna författningarna var, enligt sina ordalydelser, tillämpliga på fastighetsmäklare. I praktiken hade de däremot ingen effekt på fastighetsmäklarrollen. Tankar om att lagstiftningsvägen reglera fastighetsmäklarens verksamhet framfördes redan på 1920-talet från branschhåll. Ett behov av denna karaktär hade i slutet av 1800-talet och början av 1900-talet börjat vakna, då det i viss större omfattning än tidigare genomfördes fastighetsförvärv i landet. Dessa regleringsinitiativ resulterade dock inte i någon lagstiftning. Ett steg på vägen togs då en kungörelse om frivillig auktorisation¹⁶ utfärdades 1947. Någon heltäckande reglering var det dock inte frågan om, eftersom kungörelsen i stort endast upptog näringsrättsliga regler. Det var dessutom ett frivilligt beslut om mäklaren skulle auktorisera sig eller inte. Även efter 1947 har vid upprepade tillfällen motioner lagts fram om lagreglering av fastighetsmäklarens yrkesverksamhet. Trots detta dröjde det till 1980-talet innan denna yrkesverksamhet reglerades i svensk lag.¹⁷

¹⁶Kunglig kungörelse (KK) 30 juni 1947 om auktorisation av fastighetsmäklare (SFS 1947:336), senast införd i 1975 års lagredaktion.

¹⁷Kungörelsen (1947:336) om auktorisation av fastighetsmäklare upphörde den 1 juli 1984 i och med att lag (1984:81) om fastighetsmäklare trädde i kraft.

Fastighetsmäklarlagen

Allmänt

Här följer en orienterande redogörelse för den nu gällande mäklarlagen.¹⁸ Målet är inte att djupgående redogöra för varje enskild paragraf, eftersom detta skulle gå utöver syftet med denna uppsats. Emellertid anses att en översiktlig kunskap om den nuvarande regleringen på området underlättar för läsaren att sätta sig in i de behandlade frågeställningarna, följa de i uppsatsen framförda diskussionslinjerna och bilda sig en uppfattning om rimligheten i det slutligen framförda lösningsförslagen. Eftersom syftet med uppsatsen bland annat är att diskutera rimligheten av den i lagen förfäktade åsikten att fastighetsmäklaren skall anses vara en opartisk mellanman, som i sin förmedlingsverksamhet har att tillvarata både säljarens och köparens intresse, presenteras de paragrafer som rör denna del av arbetet mera utförligt i särskilt avsnitt nedan.

Lagen är uppdelad i tre avdelningar under fyra rubriker. De inledande paragraferna (1-4 §§) upptar allmänna bestämmelser. De därpå följande (5-10 §§) upptar den näringsrättsliga regleringen. Härpå följer de civilrättsliga reglerna (11-20 §§) och i anslutning härtill slutligen regler rörande ersättningen för mäklarens uppdrag (21-23 §§)

Allmänna bestämmelser

Fastighetsmäklare är den fysiska person som yrkesmässigt¹⁹ förmedlar²⁰ fastigheter, delar av fastigheter, byggnader på annans mark, tomträtter, bostadsrätter, andelsrätter avseende lägenhet, arrenderätter eller hyresrätter (1 §). Lagen träffar därmed, i motsats till tidigare fastighetsmäklarlag,²¹ även upplåtelse av bostadsrätter om denna verksamhet bedrivs yrkesmässigt.²²

Vad som föreskrivs om fastigheter i lagen tillämpas också på de övriga förmedlingsobjekten som nämns i 1 § (2 §).

Lagen är tillämplig oavsett i vilket land fastigheten är belägen, under förutsättning att en väsentlig del av mäklarens uppdrag utförs i Sverige (3 §). Regeln, som är ny, är ett led i konsumentskyddet.²³

¹⁸Lagen finns i bilaga A.

¹⁹Som ett led i näringsverksamhet, se prop.1983/84:16 s. 28.

²⁰Förmedlingsverksamheten, dvs. att anvisa uppdragsgivaren en motpart med vilken han kan träffa avtal om överlåtelse, har traditionellt ansetts som mäklarens väsentligaste uppgift. Det är även detta moment som grundat mäklarens rätt till provision.

²¹Lag (1984:81) om fastighetsmäklare.

²²Prop. 1994/95:14 s. 1.

²³Prop. 1994/95:14 s. 17.

Lagen är tvingande, om inget annat anges, till förmån för konsument (4 §). Lagen har således karaktär av konsumentskyddslagstiftning. Vid kommersiella förhållanden, där parterna kan antas äga större insikt i den kommersiella världen, eller i vart fall har en reell möjlighet att få tillgång till sådan kunskap med kort varsel, är parterna friare i sitt mellanhavande. Även denna regel är således en del av det existerande konsumentskyddet i svensk rätt.

Den näringsrättsliga regleringen

Varje person som agerar som fastighetsmäklare skall vara registrerad hos Fastighetsmäklarnämnden, FMN (5 §). Undantagna från registreringsplikten är advokater²⁴ och sådana mäklare som enbart förmedlar hyresrätter. Den som uppsåtligen yrkesmässigt agerar som fastighetsmäklare i strid med lagens 5 § döms till böter eller fängelse i högst sex månader (10 §). Denna typ av reglering är ett led i strävandena att höja statusen för mäklaren och yrkets anseende.²⁵

Lagen uppställer vissa krav som en mäklare måste uppfylla för att erhålla registrering (6 §). Paragrafen uppvisar både rent redaktionella förändringar gentemot tidigare lag, och nyheter. En nyhet, i skärpande riktning, utgörs av att paragrafen nu upptar ett strängare lämplighetskrav än vad som var fallet i tidigare mäklarlag.²⁶ Regeringen anför den uppfattningen, att en mäklares lämplighet skall bedömmas utifrån den ansvarsfulla ställning han intar gentemot parterna.²⁷ En sammanfattande term för denna bedömning anges vara begreppet redbarhet. I paragrafen, första stycket punkt 5, anges numera ett uttryckligt krav på redbarhet.

Tillsynen över mäklarkåren utövas av FMN (7 §). Därvid skall nämnden tillse att mäklaren lever upp till de riktlinjer för fastighetsmäklarverksamheten som lagen ställer. Mäklaren har en upplysningsskyldighet gentemot FMN vad gäller verksamheten. Denna reglering syftar till att underlätta FMNs tillsyn över mäklarkåren.

Registrering av mäklare kan under vissa förutsättningar återkallas av FMN (8 §). Ett sådant återkallande får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol (9 §).

²⁴Advokat är den som är ledamot av advokatsamfundet, 8 kap. 1 § 2 st. rättegångsbalken.

²⁵Som jämförelse kan nämnas att oriktigt föregivande av ställning såsom advokat är brottsligt och regleras i 17 kap. 15 § 3 st. brottsbalken.

²⁶Prop. 1994/95:14 s. 33 och 66.

²⁷Prop. 1994/95:14 s. 35.

Lagens civilrättsliga del

Det föreligger numera ett formkrav vad avser uppdragsavtalet (11 §). Detta skall upprättas skriftligen²⁸ och om uppdraget är förenat med ensamrätt²⁹ får tidsperioden för ensamrätten vara högst tre månader åt gången. Rättsföljen av att formkravet inte iakttagits är att mäklaren inte får återropa avtalsvillkor som inte upptagits i uppdragsavtalet eller i övrigt avtalats skriftligen.

Mäklaren skall utföra uppdraget omsorgsfullt och i allt iaktta god mäklarsed (12 §). Mäklaren skall därvid tillvarata både säljarens och köparens intresse. Vad gäller dessa frågor föreligger inte någon samsyn bland marknadens aktörer och andra relevanta instanser. Detta är mycket olyckligt och frågorna kommer, som nämnts ovan, att behandlas utförligt i avsnitt nedan.

Vidare föreligger förbud mot självinträde (13 §). Detta innebär att mäklaren inte får inträda som köpare av en fastighet som han fått i uppdrag att förmedla. Detta förbud gäller även i förhållande till närstående. Närståendekretsen definieras på samma sätt som enligt konkurslagen.³⁰ Paragrafen innebär en skärpning mot vad som gällde tidigare. Om mäklaren inträdde som köpare, angav tidigare mäklarlag enbart att rätten till provision bortföll. Av paragrafens andra stycke framgår, att mäklaren i vissa fall skall anmäla ett förvärv till FMN. Detta gäller de fall då mäklaren, eller till honom närstående, förvärvat en fastighet som mäklaren före förvärvet har haft i uppdrag att förmedla. Frågan om självinträde kommer även den att behandlas nedan.

Mäklaren får inte heller bedriva handel med fastigheter, eller ägna sig åt annan verksamhet, som kan rubba förtroendet för honom som mäklare (14 §, och den något klumpiga formuleringen i paragrafens andra stycke). Paragrafen är ny i förhållande till tidigare. Eftersom det inte är fråga om förmedling då mäklaren själv är säljare, har förbudet införts i nu gällande lag. I likhet med frågan om självinträde, kommer frågan om egenhandel att behandlas nedan.

Det föreligger, som nämnts tidigare, ett förbud för mäklaren att företräda säljare eller köpare som ombud (15 §). Vissa åtgärder, som traditionellt sätts i samband med ombudssysslän, kan dock accepteras i den mån god mäklarsed så medger.

Mäklaren skall ge både säljare och köpare de råd och upplysningar som dessa kan behöva om fastigheten och i övrigt om överlåtelsen, i den mån god mäklarsed så kräver (16 §). Mäklaren skall även upplysa köparen om

²⁸För att inte formkravet skall bli illusoriskt, skall uppdragsavtalet undertecknas av både mäklare och säljare. Prop. 1994/95:14 s. 74.

²⁹Det får anses följa av god mäklarsed att mäklaren tydligt informerar uppdragsgivaren om betydelsen av ensamrätt. Begreppets betydelsen framgår av lagens 21 § 3 st.

³⁰4 kap. 3 § konkurslagen.

dennes undersökningsplikt samt påtala för säljaren att denne skall överlämna uppgifter och handlingar tillköparen, om dessa kan antas vara av betydelse för köparen.

Vidare skall mäklaren kontrollera förfoganderätten över fastigheten³¹ samt vilka graveringar i form av servitut, inteckningar och andra rättigheter som belastar den (17 §). Vid konsumentköp skall mäklaren tillhandahålla en skriftlig beskrivning av fastigheten samt en boendekostnadskalkyl (18 §).

Mäklaren skall verka för att säljare och köpare löser de frågor som är av betydelse i samband med överlåtelsen, samt vara behjälplig med de för överlåtelsen nödvändiga handlingarna (19 §).

Om mäklaren uppsåtligt eller av oaktsamhet försummar sina skyldigheter enligt 11-19 §§, skall han ersätta den skada som därmed kan uppstå för säljare eller köpare (20 §) Jämkningsgrund kan finnas.

Mäklaren har rätt till provision endast om överlåtelse har träffats genom mäklarens förmedling mellan uppdragsgivaren och någon som har anvisats av mäklaren (21 §). Provision skall beräknas efter viss procent på köpeskillingen, om ej annat har avtalats. Om uppdraget är av ensamrättskaraktär har mäklaren rätt till provision oavsett om avtal träffas genom mäklaren eller annan under ensamrättsperioden. De måste därför, som nämnts tidigare, anses följa av god mäklarsed att mäklaren upplyser säljaren om den faktiska innebörden av ensamrättsuppdrag.

Rätt till ersättning för kostnader, vid sidan av provision, kräver särskild överenskommelse mellan säljare och mäklare (22 §).

Om mäklaren har åsidosatt sina skyldigheter enligt lagen mot säljare eller köpare, kan ersättningen komma att sättas ned (23 §). Detta kräver dock att åsidosättandet inte är enbart av ringa karaktär.

Begreppet mellanman och undergrupper

Allmänt

I propositionen³² söker man definiera fastighetsmäklaren som en opartisk mellanman. Vad avses med mellanman och vad ryms inom begreppets betydelsekrets?

³¹Denna kontroll sker via Inskrivningsmyndigheten, IM. Omorganisation på området innebär bland annat att Centralnämnden för fastighetsdata, CFD, numera ingår i en ny central myndighet, Lantmäteriverket.

³²Prop. 1994/95:14.

I juridisk doktrin och litteratur har mellanmansbegreppet använts som en samlingsterm för flera olika undergrupper. Dessa undergrupper består av rättsinstitutet bud, handelsagent, fullmäktig, kommissionär samt uppdragstagare. De rättsfigurer som omnämns i det ålderdomliga men fortfarande gällande 18 kapitlet i handelsbalken benämns sysslomannen eller ombudet. Kapitelrubriken tyder på att någon reell skillnad mellan dessa båda begrepp, vad gäller kapitlets paragrafer, inte föreligger. Antagandet har stöd i litteraturen.³³ Sysslomannen är en uppdragstagare. Dennes uppdrag kan kombineras med fullmakt, såsom är fallet vad gäller handelsbalken,³⁴ eller ges utan fullmakt. Det senare gäller för kommissionären, som ju uppträder i eget namn.³⁵ Sysslomannen skall vanligen företa en rättshandling för huvudmannens räkning. Han skall därvid utföra handlingen på ett sådant sätt att hans agerande möter den berättigade nivå av omsorg som huvudmannen har rätt att förvänta sig.³⁶ Om sysslomannen inte lever upp till denna *omsorgsplikt* som åligger honom gentemot huvudmannen, kan han bli skadeståndsskyldig.³⁷ Sysslomannens plikt att agera till förmån för huvudmannen och att tillvarata dennes intresse är central.

Traditionellt har inom juridisk litteratur och vid rättsavgöranden ansetts att kommissionslagen³⁸ ger uttryck för grundläggande principer för uppdragsförhållanden.³⁹ Här framgår att kommissionären (sysslomannen) skall iaktta kommittentens (huvudmannens) intresse vid fullgörande av sitt uppdrag. Vidare anges att kommittenten äger avvisa avtal som kommissionären slutit för hans räkning, om kommissionären visat försumlighet vid fullgörandet av sitt uppdrag.⁴⁰ Om kommissionären agerar försumligt vid fullgörandet av sitt uppdrag, har kommittenten rätt till ersättning för sådan skada som därmed uppstått. Det ligger i linje med den traditionella uppfattningen, att kommissionslagens regler ger uttryck för grundläggande principer i uppdragsförhållanden, att nyttja dessa principer analogt även utanför kommissionslagens tillämpningsområde.

Även om föremålet för tjänsten kan avse en vara är själva uppdraget, som mellanmannen utför, att ses som en immateriell tjänst.⁴¹ Parterna i denna

³³Malmström, Åke och Agell, Anders. Civilrätt, 14 uppl., 1994, s. 81. Förhållandet har kommenterats av Berndt Hasselrot, Juridik och Politik, första bandet, s. 121ff.

³⁴Se även 2 kap. avtalslagen som reglerar fullmaktsinstitutet.

³⁵Lag (1914:45) om kommission, 4 §.

³⁶Se 18 kap. 1 § handelsbalken, som lyder "Varder man av annan ombuden, att å dess vägnar något syssla och uträtta, och säger där ja till; tage fullmakt, och ligge där sedan hans värdnad å; göre ock redo och besked för det han om händer får".

³⁷18 kap. 4 § handelsbalken.

³⁸Lagen rör att för annans räkning men i eget namn försälja eller inköpa varor, värdepapper eller annan lös egendom, se lagens 4 §.

³⁹Lag (1914:45) om kommission, 7, 17 §§. Se även Bertil Bengtsson, Särskilda avtalstyper I, 2 uppl. s. 151.

⁴⁰15 § kommissionslagen. Paragrafen upptar ett väsentlighetsrekvisit.

⁴¹Benämningen använd av Hellner, Speciell avtalsrätt II, 1 häftet. Särskilda avtal, 2 uppl. s. 193. Bertil Bengtsson, a.a. s. 149, nyttjar benämningen immateriell prestation.

konstellation kallas uppdragsgivare⁴² och uppdragstagare.⁴³ Typisk för den mellanman som avses är mäklaren. Visserligen äger mäklaren idag⁴⁴ inte behörighet, till skillnad från till exempel kommissionären, att binda säljaren gentemot tredje man. Mäklarens uppdrag är av förmedlingskaraktär och innefattar, som väsentligt moment, att sammanföra två parter som kan vara intresserade av att sluta avtal med varandra. Kommissionären handlar dock för annans räkning, vilket även är fallet vad gäller mäklaren.⁴⁵ Inom mellanmansrätten ryms, som anförts, en mängd olika mellanmansroller, var och en formad efter de faktiska omständigheter som råder på den för varje roll specifika marknaden. Dessa olikartade förhållanden, betingade av praktiska hänsyn, förtar dock inte mellanmansrollerna dess grundläggande och allmängiltiga karaktär. Härav följer att mäklaren är en mellanman, och som sådan bör han falla in under de lagregler som nämnts ovan.⁴⁶ Det är intressant att notera vad Hellner skriver⁴⁷ om fastighetsmäklaren. "En fastighetsmäklare *anlitas av den ena parten* (ofta säljaren), men *kan* ha skyldigheter även mot den andra parten i köpeavtalet".⁴⁸

Det ovan nämnda pekar mot att mellanmannen (mäklaren) skall agera omsorgsfullt gentemot sin huvudman i första hand. Han skall därvid tillvarata huvudmannens intresse. Om mellanmannen inte agerar i enlighet med denna hans skyldighet (omsorgsplikt), kan han bli skadeståndsskyldig för den förmögenhetsskada som huvudmannen lider som en följd av mellanmannens agerande.⁴⁹ Trots detta laborerar man i propositionen till fastighetsmäklarlagen⁵⁰ med ett nytt begrepp, nämligen opartisk mellanman. Redan vid första påseendet förefaller benämningen vara motsägelsefull. En mellanman, vars främsta skyldighet är att omsorgsfullt tillvarata sin uppdragsgivares intresse, kan knappast agera opartiskt. Detta följer, som visats, av mellanmanskonstruktionen som sådan, men även av det faktum att det är huvudmannen som betalar provision till mellanmannen.⁵¹

⁴²Jmfr. huvudman.

⁴³Jmfr. syssloman.

⁴⁴Nu gällande mäklarlag upptar i princip ett generellt ombudsförbud, 15 §.

⁴⁵Bertil Bengtsson, a.a. s. 149, not 3, anger att även andra mellanmäns (till exempel advokaters) uppdrag kan inskränkas till att underhandla för uppdragsgivarens räkning. Uppdraget behöver således inte innefatta avtalsslut.

⁴⁶Frågan torde inte vara kontroversiell i detta sammanhang, eftersom mäklaren godtas som mellanman i lagförarbeten till mäklarlagen.

⁴⁷Hellner, a.a. s. 194.

⁴⁸Min kursivering.

⁴⁹Bertil Bengtsson, a.a. s. 157ff.

⁵⁰Prop. 1994/95:14 s. 1.

⁵¹Detta gäller om inget annat uttryckligen överenskommits. Det kan vara intressant i sammanhanget notera att jag, under mina hittills elva år i arbetslivet (inom bank- och fastighetsbranscherna), ännu inte stött på någon köpare som erlagt provision till mäklaren. De sex sista åren av dessa elva agerade jag som fastighetsmäklare, och under denna tid framfördes aldrig denna form av uppdrag till mig. Ej heller ifrågasattes av säljaren om köparen svarat på annons eller sedan tidigare funnits i mitt kundregister. En form av uppdrag kan ju anses ha lämnats av presumtiva köpare, då de önskade bli antecknade och införda i kundregistret. Vissa av dessa presumtiva köpare var även säljare då de, om köp av fastighet kom tillstånd, sålde sitt dittills varande boende genom mig.

Den traditionella synen

Det sagda kontrasterar mot den så kallade traditionella synen på mäklaren. Denna syn på mäklaren har uttryckts av Martin Fehr.⁵² Fehr fann, i likhet med resonemanget ovan, att mäklaren förevisade likheter med flera andra rättsinstitut. Mäklarrollen uppvisade emellertid även särdrag. Konklusionen för Fehr blev att mäklaren fick ses som ett särskilt rättsinstitut "som på grund av sin vikt väl förtjänas att utredas".⁵³ Fehr redogjorde i sin uppsats, i någon mån, för den syn på mäklare som rådde dels i Tyskland, dels i Schweiz vid denna tid. Han fann att den schweiziska rätten som huvudregel medgav att mäklaren agerade till förmån för ena parten, men att mäklaren även kunde iaktta medkontrahentens intressen, *om dessa inte stred mot uppdragsgivarens*.⁵⁴ Tysk rätt, menade Fehr, intog en något annan hållning i denna fråga då huvudregeln snarare föreföll vara att mäklaren skulle vara en ren förmedlare. Detta synsätt resulterade i att den uppdragsgivare som hävdade att mäklaren skulle tillvarata *endast* hans intresse, hade bevisbördan för detta. Vidare pekade Fehr på det faktum att mäklarrollen i schweizisk rätt föll under reglerna för uppdrag.

För svenskt vidkommande hänvisade Fehr⁵⁵ till ett uttalande av obligationsrättskommittén, att mäklaren i förhållande till parterna intar en enahanda (neutral) ställning, och som en konsekvens även ägde erhålla provision från bägge parter. Fehr menade dock att mäklarens rättsliga ställning inte borde förändras beroende på vilken av parterna som erlade provision, samtidigt som han pekade på att i vissa delar av Sverige, i motsats till vad som gäller idag, vid denna tid mäklaren uppbar provision från både säljare och köpare. Enligt mitt sätt att se på saken, torde det korrekta synsättet idag vara att uppfatta säljaren som beställare av en tjänst från mäklaren.

Vidare pekade Fehr på att om mäklaren uteslutande anvisade en part (säljaren) en medkontrahent, detta resulterade i att mäklaren "självfallet" ägde agera till fördel för denne. Fehr påpekade omedelbart dock att detta förhållande gällde i regel i förhållande till bägge parter. Jag tolkar uttalandet som att mäklaren, enligt Fehr, ägde tillvarata säljarens intresse fram till den tidpunkt då en köpare var anvisad. Från denna tidpunkt skulle mäklaren frångå sin tidigare roll, och agera i samma ställning i förhållande till båda parterna. Om min tolkning av uttalandet är korrekt, finner jag det inte ändamålsenligt att göra denna uppdelning av mäklartjänsten. Dessutom kan man fråga sig om perspektivförändringen å mäklarens sida skulle inträda först sedan en *köpare* utkristalliserats, eller om förändringen skulle ske så snart någon visade intresse och därmed uppträdde i egenskap av *spekulant*.

⁵²Martin Fehr, SvJT 1925 s. 89ff.

⁵³Berndt Hasselrot kom till motsatt uppfattning, a.a. s. 129.

⁵⁴Jmfr. vad som sägs om dansk rätt nedan i arbetets fjärde komparativa del.

⁵⁵Martin Fehr, a.a. s. 91.

Jag menar att, om denna syn på mäklaren var avsedd, detta innebär ett konstlat argument för att motivera den i uppsatsen förfäktade synen på mäklare. Jämför kommissionären, som ju behåller sin roll även efter den tidpunkt då medkontrahent framträtt.

Resonemanget utmynnade i att Fehr menade att mäklaren skulle agera i lika mån gentemot parterna, och inte begagna "oriktiga eller missvisande uppgifter"⁵⁶ för att gynna den ene på den andres bekostnad. Inte heller detta påstående finner jag vara av den karaktär att det kan stå oemotsagt. Självfallet skall inte mäklaren agera svikligt i sin yrkesroll, och genom medveten handling eller underlåtenhet främja sin uppdragsgivares intresse framför dennes medkontrahent. Detta följer idag av etiska regler i affärslivet och skiljer den professionelle mäklaren från den som bör se sig om efter annan utkomst. Men det ligger en skiljelinje mellan ett svikligt beteendemönster och att på ett korrekt sätt agera till förmån för sin uppdragsgivare.

Mäklarrollens förändring

Det är idag över sjuttio år sedan Fehr skrev sin uppsats, och den uppfattning som framförs i texten torde i mångt och mycket vara ännu äldre. Dagens mäklartjänst förevisar inte en gradskillnad gentemot vad som gällde vid Fehrs tid, snarare en artskillnad. Dessutom bör det än en gång poängteras att Fehrs uppsats var ett inlägg bland flera i debatten, och att i uppsatsen angavs att rättsinstitutet förtjänade att utredas.

Mäklarrollen har förändrats, dels av egen kraft men även dels på grund av rättens allmänna utveckling under seklet. Hasselrot⁵⁷ karakteriserade mäklare som "blott mellanhänder för avgivande och meddelande av viljeförklaringar...". Idag har fastighetsmäklarrollen utvecklats och intar knappast den banala roll, närmast att likna vid budet, som Hasselrot anförde. Detta följer dels av att antalet överlåtelser ökat i stor omfattning och numera är en fastighetsaffär något som, potentiellt eller reellt, någon gång blir aktuellt för de flesta privatpersoner. Dels har mäklarrollen numera underkastats ett flertal lagbundna skyldigheter, bland annat i konsekvens med synen på konsumentens roll, vilket gör att en överlåtelse idag svårligen kan likställas med en överlåtelse under seklets första hälft.⁵⁸

Att konstruktionen, att anse fastighetsmäklaren som en *opartisk* mellanman i hans yrkesroll, mött hård kritik är lätt att förstå. Benämningen löper som ett

⁵⁶Martin Fehr, a.a. s. 92.

⁵⁷Berndt Hasselrot, a.a. s. 122.

⁵⁸Denna syn framförs även i förarbetena till mäklarlagen, som anför att mäklaruppdraget med tiden har vidgats, prop. 1994/95:14 s. 41. Detta kan emellertid inte, enligt förarbetena, tas som intäkt för att mäklarens roll förändrats i så hög grad att denne skall agera till förmån för uppdragsgivaren.

vertikalt streck över mellanmansbegreppets horisontella linjer. Om mellanmannen inte agerar omsorgsfullt gentemot sin huvudman, och tillvaratar dennes intresse, kan han bli skyldig att utge skadestånd. Agerar han i enlighet med omsorgsplikten gentemot huvudmannen, kan hans agerande träffas av någon regel i fastighetsmäklarlagen. Där anges nämligen att han skall agera omsorgsfullt och tillvarata både säljarens (huvudmannens) och dennes medkontrahents intresse. Genom denna typ av reglering skapas osäkerhet vilket diskuteras närmare nedan. Det är dessutom olyckligt att fastighetsmäklarlagen fått en sådan utformning i denna centrala del, eftersom kritiken har varit stark och välformulerad.⁵⁹ Kritiken fann, i centrala delar, visst gehör från regeringen, vilket paradoxalt nog ökade osäkerheten med lagens nuvarande lydelse.⁶⁰

Den fastighetsmäklarroll som träder fram i lagen är därmed baserad på ett, milt uttryckt, icke oreserverat godtagande att mäklaren är en opartisk mellanman. I avsnitt nedan kommer denna fråga belysas ytterligare och kritiserar samt lösningsförslag presenteras.

Den rättspolitiska frågan - konsumentskyddet

Bakgrund och framväxt

Den gamla romerska devisen *pacta sunt servanda*⁶¹ var länge den förhärskande principen inom avtalsrätten. Under romartiden myntades till och med (den än idag gällande)⁶² regeln *caveat emptor*.⁶³ Med dessa principer som grund kan man förstå att båda parter i ett avtalsförhållande, vid denna tidpunkt, sågs som jämbördiga. Detta var möjligen en rättfärdig ståndpunkt, då man betänker att regelsystemet utgick från kommersiella förhållanden. I teorin kan därför avtalsfriheten synas vara både attraktiv och rättvis. Praktiken är emellertid ofta något annat än teorin,⁶⁴ och att ett jämbördigt förhållande alltid förelåg mellan parterna i en affär förefaller vara en slutsats utan grund.

Den sedvanerättsliga handelsrätten, *lex mercatoria*,⁶⁵ utvecklades under medeltiden ur sjörätten. Inom sjöhandeln var det av särskild vikt att ett

⁵⁹Denna kritik framfördes av flera remissinstanser redan vid arbetet med den tidigare gällande mäklarlagen, Prop. 1983/84:16 s. 12.

⁶⁰Se diskussionen nedan bland annat angående de sk. affärsmässiga förhållandena.

⁶¹"Avtal skall hållas", (lat.).

⁶² Samuelsson, Morten och Sjøgaard, Kjeld, Rådgiveransvaret. Erstatningsansvar og forsikring for professionelle rådgivere, 1 uppl. s. 146.

⁶³"Köparen må akta sig", (lat.).

⁶⁴Påståendet kan, som kommer att visas, appliceras på de för denna uppsats gällande frågeställningarna.

⁶⁵Kjell Åke Modéer, Historiska rättskällor, 2 uppl. s. 55.

generellt godtagbart och accepterat regelsystem utvecklades. Skälen till detta var att handeln skedde via flera mellanled och över stora geografiska avstånd. Att ha fungerande regler av sinsemellan korresponderade karaktär skingrade även svårigheter spunna ur språkskillnader. Det var därför naturligt att dessa, redan utvecklade och fungerande, speciella regler receperades och applicerades direkt på annan handel eller stod som förebild då nya regler för denna handel infördes.⁶⁶

Så småningom stod det dock klart, att något jämviktsförhållande knappast förelåg i många av de affärslut som genomfördes inom handeln. Säljare och köpare, handelsman och bonde, ägde olika förutsättningar att hävda sin rätt i förhandlingar. Det blev med tiden uppenbart att den svagare parten borde skyddas i lag. Den under 1800-talet framväxande liberala teorin om avtalsfrihetens fördelar, har under 1900-talet mer och mer naggats i kanten. Som den alltjämt gällande grundteorin i svensk avtalsrätt, är den idag kraftigt modifierad genom de speciella konsument-⁶⁷ och svagare partskyddande⁶⁸ lagar och enskilda paragrafer som lagstiftaren uppställt. Men redan 1915 år avtalslag innehöll, och innehåller, regler som skyddar den svagare avtalsparten.⁶⁹

Idag torde inte rimligheten av en konsument- eller underlägsen partvänlig lagstiftning kunna, med någon större grad av trovärdighet, ifrågasättas. De produkter och tjänster som efterfrågas och utbjuds på marknaden idag, är av den karaktär att det krävs en djupgående kunskap om produkten/tjänsten och dess beståndsdelar för att kunna göra en korrekt bedömning av kvalitet och andra för köparen relevanta omständigheter. Med marknadsekonomi som grund för ett väl fungerande samhälle, där ett stort utbud av produkter och tjänster utbjuds i *effektiv*⁷⁰ konkurrens, följer även en specialisering på marknaden. Denna specialisering gäller dels de som tillhandahåller produkter och tjänster, men den gäller även i lika hög grad avnämarna. En byggnadskunnig person, som står i begrepp att förvärva ett eget boende i form av en bebyggd fastighet, kan själv avgöra i vilket skick byggnaden befinner sig i. Däremot kan han kanske inte, med lika stor insikt, avgöra hur stor boendekostnad förvärvet kommer att medföra. Han behöver hjälp med denna tjänst från annan person med speciella insikter i denna typ av frågor.

Marknaden är således ett spektrum av olika delmarknader, och på grund av den därmed följande komplexiteten vad gäller att avgöra om produkten/tjänsten är godtagbar ur ett köparperspektiv, är regleringar där konsument- och svagare partshänsyn beaktas rimliga. I linje med det anförda måste en speciallagstiftning rörande mäklarens verksamhet anses vara befogad. Lagstiftningen fyller ett skyddsbehov.⁷¹

⁶⁶Kjell Åke Modéer, a.a. s. 104.

⁶⁷Textkonsumtöplagen.

⁶⁸Lag (1991:351) om handelsagentur.

⁶⁹36 § 2 st. avtalslagen.

⁷⁰Fullständig konkurrens betecknas numera som utopisk.

⁷¹Skyddsbehovet poängteras i prop. 1994/95:14 s. 13.

Frågans reglering i mäklarlagen

I likhet med den 1984 införda mäklarlagen⁷² har den nuvarande lagen på området ett uttalat konsumentskyddande syfte. Även denna lag anger därför att lagbestämmelserna inte får frångås till nackdel för konsumenter, om inte annat anges. Regeln täcker det förhållandet att en konsument köper fastighet huvudsakligen för enskilt bruk eller säljer fastighet som han innehaft huvudsakligen för enskilt bruk.⁷³ I samklang med detta var det ett uttalat syfte med den 1995 införda lagen att ge ett ökat skydd för enskilda som anlidade fastighetsmäklare.⁷⁴

En fastighetsöverlåtelse eller -förvärv är för det stora flertalet konsumenter ett avgörande ekonomiskt steg. Många gånger är det den största finansiella transaktion som görs i livet. De flesta privatpersoner är dåligt insatta i de speciella frågor som aktualiseras vid en fastighetsaffär. De är därför i behov av professionell och vederhäftig assistans från en kunnig yrkesman, fastighetsmäklaren. Syftet med en rättslig reglering på området är att den enskilde skall känna sig trygg och korrekt behandlad av mäklaren.

Genom bland annat motioner i riksdagen, genom massmedia och genom remissinstanserna framgick under slutet av åttiotalet att det rådde stor samstämmighet om att en översyn av lagregleringen på detta område var önskvärd.⁷⁵ Detta framkom inte minst från branschorganisationerna själva. Dessa initiativ utmynnade i att det numera ställs upp vissa formella krav för att en person skall kunna bli registrerad som mäklare. I lagen finns idag ett uttryckligt redbarhetsrekvisit angivet.⁷⁶ Personen skall dessutom bedömmas lämplig att agera som mäklare.⁷⁷ Vidare finns nu en särskild nämnd, Fastighetsmäklarnämnden, som utövar tillsyn över de verksamma mäklarna.⁷⁸ Dessutom kan även det numera rådande formkravet⁷⁹ vad gäller uppdragsavtal hänföras till konsumentskyddet. Det torde innebära en icke föraktlig fördel för säljaren (uppdragsgivaren), att mäklaren numera är skyldig att presteras en handling för underskrift som bevis på att uppdrag om försäljning av fastighet har träffats mellan säljare och mäklare.

En del av denna nya reglering, som i likhet med det sagda i stycket ovan inte i alla delar uteslutande är tillämplig vid konsumentförhållanden, är att mäklaren skall ses som en opartisk mellanman som både säljare och köpare har förtroende för. Nedan kommer att påvisas att denna syn på

⁷²Lag (1984:81) om fastighetsmäklare, 3 §.

⁷³4 §.

⁷⁴Prop. 1994/95:14 s. 1.

⁷⁵Prop. 1994/95:14 s. 13.

⁷⁶Lagens 6 §, jmf. KK (1947:336) 2 § 1 st. 3 p.

⁷⁷Prop. 1994/95:14, avsnitt 9 samt s 14.

⁷⁸Prop. 1994/95:14, avsnitt 7.

⁷⁹Prop. 1994/95:14 s. 38.

fastighetsmäklaren är olyckligt vald, då den inte speglar de realiteter som mäklaren faktiskt arbetar under. Begreppet är även ett avsteg från den traditionella synen på mellanmannen. Vidare kommer att visas att det föreligger en inbyggd osäkerhet i lagen vilket gör att den framstår som mer konsumentvänlig än den i själva verket är.

Uppsatsens första fördjupande del

Fastighetsmäklarrollen enligt gällande rätt

Mäklaren - myt eller människa

Fastighetsmäklarens mest centrala uppgift har traditionellt ansetts vara att sammanföra två parter som har intresse av att sluta avtal med varandra.⁸⁰ Huvudmannen skall genom mäklarens agerande (förmedling) få kontakt med en lämplig medkontrahent med vilken han kan ingå avtal. För detta äger mäklaren erhålla provision.

I propositionen⁸¹ framförs, som tidigare nämnts, att mäklaren skall ses som en opartisk mellanman. Mäklaren skall i denna sin yrkesroll agera omsorgsfullt och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. I linje med denna syn på mäklaren förfäktas i propositionen att denne inte skall känna några lojalitetsband med någon av parterna, utan tillvarata både säljarens och köparens intresse då han fullgör sitt uppdrag.⁸² Mellanmannens traditionella skyldigheter gentemot huvudmannen skall enligt den nu angivna synen utmönstras ur fastighetsmäklarrollen till förmån för en annan syn på dessa förhållanden.⁸³ Passar denna i propositionen, och numera i mäklarlagen, framförda syn på mäklaren verkligen in på den mäklare som agerar i verkligheten? Är lagens mäklare myt eller människa?

Mäklaren som uppdragstagare

I den absoluta majoriteten av fall tar ägaren av en fastighet kontakt med fastighetsmäklaren, då fastigheten skall säljas.⁸⁴ Mäklaren företar en okulär besiktning av fastigheten, inhämtar information om densamma samt om

⁸⁰SOU 1981:102 s. 78.

⁸¹Prop. 1994/95:14.

⁸²Prop. 1994/95:14 s. 39 ff. 12 § 1 st. i nu gällande mäklarlag lyder: "*Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. Mäklaren skall därvid tillvarata både säljarens och köparens intresse*".

⁸³Prop. 1994/95:14 s. 48 anför: "Med begreppet förmedling kan inte vara avsett annat än mäklarverksamhet i traditionell mening, dvs. det arbete som går ut på att sammanföra uppdragsgivaren med en motpart som är lämplig att ingå avtal med. Denna traditionella mäklarroll måste i princip anses oförenlig med uppdraget att ensidigt företräda ena partens intresse".

⁸⁴Det föreligger inget förbud mot att köparen lämnar ett köpuppdrag, men som nämnts ovan hör det till ovanligheterna att detta medför att köparen även erlägger provision till mäklaren, jmf. vad som anförts ovan i not 11 och not 51 om köpuppdrag.

övriga förhållanden som kan vara av betydelse för försäljningen. Ett indikativt pris anges, baserat på mäklarens marknadskänedom (ibland kryddat med säljarens förväntningar!). Ett förmedlingsavtal, som numera skall ingås skriftligen, träffas mellan den presumtive säljaren och fastighetsmäklaren. I detta avtal framgår under vilka förutsättningar säljaren skall betala provision till mäklaren samt storleken på denna provision. I detta förhållande är säljaren konsument,⁸⁵ då han köper en tjänst av en yrkesverksam fastighetsmäklare.⁸⁶ I likhet med andra konsumentförhållanden, har säljaren rätt att förvänta sig att den tjänst han köpt av mäklaren uppfyller vissa kvalitetskrav. Ett sådant kvalitetskrav är att mäklaren skall tillvarata säljarens intresse vid utövandet av tjänsten. Säljaren är i denna relation uppdragsgivare och mäklaren uppdragstagare.

Detta förhållande behöver inte nödvändigtvis enbart gälla för konsumentförhållanden. Av tradition och lag följer, att uppdragstagaren skall tillvarata uppdragsgivarens intresse, vilket diskuterats ovan. Som visats framgår detta i de ålderdomliga reglerna i handelsbalken,⁸⁷ liksom i senare lagstiftning, där analogislut finner fäste i grundläggande principer.⁸⁸ Det följer av uppdragsförhållandet att uppdragstagaren skall agera lojalt och omsorgsfullt gentemot uppdragsgivaren, och agera i dennes intresse.

Att dessa lagregler även bör vara relevanta vad gäller mäklarrollen kan knappast anses vara uppseendeväckande. Så anges till exempel i förarbetena till tidigare gällande mäklarlag,⁸⁹ att allmän civilrättslig lagstiftning och okodifierade rättsprinciper kunde tjäna som rättskällor då frågor angående mäklare skulle bedömmas. I anslutning till uttalandet angavs exempel på lagar ur vilka analogier kunde dras och rättsprinciper få stöd. Dessa lagar var kommissionslagen, avtalslagen samt 18 kap handelsbalken. Stor försiktighet fick dock iaktas, eftersom praxis vid denna tid inte behandlade mäklarens rättsliga ställning, utan i huvuddelen av fallen mäklarens rätt till provision.

Det synsätt på fastighetsmäklaren som framförs i mäklarlagen, och dess förarbeten, kontrasterar således starkt mot den rådande synen på mellanmannen i ett uppdragsförhållande. Under arbetet med den nya lagen, likväl som under arbetet med den tidigare mäklarlagen, framfördes av flera remissinstanser synpunkter med innebörd att den av lagstiftaren förfäktade synen på mäklaren svårligen kunde passas in på verklighetens mäklarroll.

⁸⁵Eventuellt torde den i detta arbete kritiserade synen på mäklaren som opartisk mellanman kunna härledas ur den felaktiga föreställningen att köparen är "mer" konsument än säljaren!

⁸⁶Jmfr. 4 §.

⁸⁷18 kap. 1 § handelsbalken.

⁸⁸7 § kommissionslagen. Jmfr. 5 § lag (1991:351) om handelsagentur.

⁸⁹SOU 1981:102 s. 75f.

Kritiska remissinstanser

Sveriges Advokatsamfund

I betänkandet SOU 1981:102, Fastighetsförmedlingslag, föreslog Småhuskommittén att en del av mäklartjänsten skulle utgöras av mäklarens skyldighet att bistå säljare och köpare med råd och information och dessutom att "*så långt som möjligt* söka tillgodose båda parternas berättigade intresse".^{90 91} Detta skulle ske utöver iakttagande av omsorgsplikt och god fastighetsmäklarsed. Sveriges Advokatsamfund reagerade i remissvar mot betänkandet i denna del och menade att den framförda åsikten inte överensstämde med de rådande förhållandena på marknaden. Dessutom menade samfundet att Småhuskommittén överskattat mäklarens möjligheter att rent faktiskt agera opartiskt i förhållande till parterna. Samfundet menade att det var rimligt att mäklaren var sakkunnig och att bägge parter borde kunna ha förtroende för honom. Men i vissa förhållanden, till exempel i vissa förhandlingssituationer angående sådana frågor som köpeskillingsnivå och andra direkt affärsmässiga överväganden,⁹² kan det knappast förväntas att mäklaren skall agera opartiskt. Tvärtom menade samfundet att vid denna typ av frågor åligger det mäklaren att se till sin huvudmans (uppdragsgivares) intresse och ta hänsyn till detta i första hand. Samfundets åsikt i denna del överensstämmer med de ovan framförda åsikterna om mellanmannens ställning gentemot sin uppdragsgivare. Samfundets kritiska remissyttrande i förhållande till den föreslagna ordningen innehöll ett förslag till lösning av problemet. Man menade att lösningen stod att finna i att parterna bistods av var sin mäklare (rådgivare) i en fastighetsaffär.⁹³ Dessa rådgivare kunde då lojalt, helt i linje med en mellanmans omsorgsplikt gentemot sin uppdragsgivare, agera till förmån för sina respektive huvudmän.

I propositionen⁹⁴ accepterar föredraganden att det finns vissa förhållanden i en fastighetsaffär där mäklaren inte kan förväntas *så långt [som] möjligt* agera opartiskt. Denna reservation var ett resultat av bland annat samfundets kritiska remissyttrande. Här blottas således en spricka i argumentet att se mäklaren som opartisk. Men vad innebär då dessa förhandlingssituationer och affärsmässiga överväganden där mäklarens opartiskhet inte skall gälla? I vilka fall gäller dessa undantag, som antytts i förarbeten men som inte framkommit i lagen? Kan dessa undantag överhuvudtaget identifieras? Och

⁹⁰Min kursivering.

⁹¹SOU 1981:102 s. 200f.

⁹²Samfundet vill definiera dessa förhållanden som sådana förhållanden där parternas intressen är sinsemellan oförenliga, se föregående not.

⁹³Samfundet påtalar, i anslutning till det framförda förslaget om att köparen borde vidtala ett eget ombud, att rättspraxis, vad gäller till exempel faktiska fel på en fastighet, har kommit att ställa avsevärda krav på en köpare, se Tidsskrift för Sveriges Advokatsamfund, TSA 1982 s. 190. Utifrån detta perspektiv torde köparens anlitanande av eget ombud framstå som något självklart.

⁹⁴Prop. 1983/84:16 s. 13.

om de kan identifieras, är de en för alla fastighetsöverlåtelser homogen grupp eller kan olika förhållanden falla in under undantagen i olika affärer? Är inte alla centrala villkor i en fastighetsaffär av sådan betydelse för uppdragsgivaren att de kan sorteras in under rubriken affärsmässiga överväganden? Frågorna kommer att behandlas nedan.

I propositionen för nu gällande mäklarlag synes regeringen något distansera sig från föredragandens tidigare acceptans.⁹⁵ Det förefaller som detta är en följd av att den kontroversiella synen på mäklaren ånyo förts fram i promemorian.⁹⁶ Det är svårt att avgöra vad denna distansering innebär i praktiken, då regeringen trots distanseringen även i denna del godtar att mäklaren i de affärsmässiga förhållandena agerar mer lojalt mot sin uppdragsgivare än mot dennes medkontrahent. Innan diskussionen koncentreras på denna del skall här först redogöras för andra kritiska invändningar mot den av kommittén framförda synen på mäklaren.

Andra kritiska instanser

Kritik framfördes av ett flertal remissinstanser. Då kritiken i denna del materiellt var likalydande mellan de olika kritiska instanserna skall detta avsnitt inskränkas till att helt kort, i exemplifierande syfte, redogöra för den kritik som Konkurrensverket och Fastighetsmäklarförbundet, FMF, avgav.

Konkurrensverket framför i sitt yttrande,⁹⁷ att den av Småhuskommittén framförda åsikten att mäklarens ansvar mot både säljare och köpare är betydande, inte medför att mäklaren därmed, som en konsekvens, skall ges rollen som opartisk mellanman. Verket anför, att även om mäklaren äger agera ombud för någon part, kan motpartens intressen ändå tillgodoses genom att i lag precisera vissa skyldigheter som mäklaren har att iaktta gentemot sin uppdragsgivares medkontrahent.

Verkets yttrande anger, ur ett konkurrensrättsligt perspektiv, att det i propositionen föreslagna ombudsförbudet innebär en konkurrensnackdel för mäklaren. Detta innebär i sin tur att utbudet av tjänster på marknaden inskränks, vilket minskar förutsättningarna för en effektiv konkurrens mellan yrkeskategorier som har kompetens agera som ombud. En ytterligare negativ konsekvens för mäklaren är att, särskilt på mindre orter där utkomstmöjligheterna är ringare än landet i övrigt, förbudet i realiteten försvårar utövandet av näringsverksamheten.⁹⁸ Verket menar därför att mäklarens ombudsroll kan förenas med viss annan verksamhet, till exempel jurist, revisor, agent eller återförsäljare för en tillverkare av prefabricerade

⁹⁵Prop. 1994/95:14 s. 41f.

⁹⁶Ds Ju 1992:87 s. 54 ff.

⁹⁷Remissyttrande 1992-12-07, dnr. 410/92 s. 5.

⁹⁸Jmfr. 2 kap. 20 § 1 st. regeringsformen som lyder: Begränsningar i rätten att driva näring eller utöva yrke får införas endast för att skydda angelägna allmänna intressen och aldrig i syfte enbart att ekonomiskt gynna vissa personer eller företag.

trähus.⁹⁹ Däremot har Konkurrensverket inget att invända mot förbuden mot självinträde och fastighetshandel.

Fastighetsmäklarförbundet anför i sitt remissyttrande,¹⁰⁰ att den av Småhuskommittén anförda grundsynen på mäklaren är "orimlig"¹⁰¹ och "utan verklighetsförankring".¹⁰² Den kritiserade grundsynen på mäklaren samt ombudsförbudet medför, enligt FMF, mycket stora begränsningar i mäklarens rätt till näringsfrihet som yrkesutövare.

FMFs ståndpunkt är att mäklaren agerar som säljarens uppdragstagare, och inte som opartisk mellanman. Vidare menar förbundet att köparens intressen i tillräcklig omfattning tillvaratas i den lydelse som tidigare mäklarlag hade.

Det framstår efter denna genomgång av remissyttrandena¹⁰³ som, minst sagt, något förvånande att regeringen trummar igenom den grundsyn som genomsyrar nu gällande mäklarlag. Uppenbarligen föreligger ingen samsyn vad gäller att uppfatta mäklaren som opartisk mellanman. Flera tunga remissinstanser invände på denna centrala punkt mot kommitténs förslag.

Det är därför uppseendeväckande att regeringen i propositionen anför att remissinstanserna, i huvudsak, godtar den nya regleringen.¹⁰⁴ Det är stötande att denna uppgivna samsyn framhålls. Då ett så centralt förhållande för lagens funktion som det aktuella träffas, i sin kärna, av en så massiv kritik som är fallet här, förefaller ett påstående om att berörda remissinstanser i huvudsak godtar den nya regleringen som en direkt osanning. Det faktum, att mäklarsammanslutningar inte framförde några invändningar mot kommitténs betänkande i anslutning till SOU 1981:102, kan inte nyttjas som argument för att hävda att synen på mäklaren som opartisk mellanman uttryckte någon branschgemensam syn. Här kan hänvisas till FMF då detta anger att passivitet från branschhåll knappast kan tas till intäkt för att en viss uppfattning skulle vara gällande bland en majoritet av mäklarkåren.¹⁰⁵ Hänvisning i denna del kan även göras till advokat Claude Zacharias¹⁰⁶ som anför att tystnaden från branschhåll "torde vara ett utslag av en önskan om att rättfärdiga sin egen verksamhet mer än ett faktiskt bekräftande om hur det verkligen förhåller sig". Jag delar de ovan redogjorda uppfattningarna. Det förefaller mig främmande att en rättsstat utnyttjar branschens tystnad som intäkt för att en framförd åsikt därmed skall anses vara godtagen. Vilka centrala juridiska regleringar kan rättfärdigas på så lösa grunder?

⁹⁹Anfört remissyttrande i not 97, s. 6.

¹⁰⁰Remissyttrande 1992-12-14.

¹⁰¹Anfört remissyttrande i not 100, s. 1.

¹⁰²Anfört remissyttrande i not 100, s. 5.

¹⁰³De här relaterade remissyttrandena utgör ett urval. Även andra remissinstanser framförde kritik mot här behandlade frågeställningar, se advokat Claude Zacharias, SvJT 1994 s. 565f. Se även prop. 1994/95:14 s. 40.

¹⁰⁴Prop. 1994/95:14 s. 40.

¹⁰⁵Anfört remissyttrande i not 100, s. 4.

¹⁰⁶Claude Zacharias, SvJT 1992 s. 799.

Den opartiske mäklaren - en kodifiering av praxis?

Tidigare rekommenderade handlingsnormer

Varför blev reaktionen så stark mot det i SOU 1981:102 framförda förslaget? Utgjorde förslaget en kodifiering av den praxis som gällde vid tidpunkten på marknaden? Fanns det fastslagna och generellt accepterade regler, som korresponderade med kommitténs syn, för mäklarens yrkesroll redan innan 1984 års mäklarlag trädde i kraft? Svaret på den senare frågan är nej.

Som tidigare nämnts, var mäklarens yrkesroll inte reglerad i lag före 1 juli 1984. Den författning som rörde mäklarens verksamhet inskränkte sig till den i tidigare avsnitt nämnda kungörelsen från 1947. Reglerna i denna var i huvudsak näringsrättsliga¹⁰⁷ och förhållandet mellan mäklaren och parterna fick från fall till fall avgöras i praxis. Auktorisationen var dessutom frivillig¹⁰⁸ och någon sanktion för de mäklare som valde att stå utanför kunde således inte komma ifråga.¹⁰⁹

Centrala Fastighetsnämnden, CFN,¹¹⁰ utgav 1973 en sammanställning av vad den ansåg falla in under de riktlinjer som en auktoriserad mäklare skulle följa.¹¹¹ CFN var naturligtvis medvetna om att de inte hade någon normgivningskompetens att binda icke auktoriserade mäklare, och angav i enlighet med detta att riktlinjerna "får betraktas som rent interna rekommendationer". Riktlinjerna skulle vara en hjälp och ett stöd för Handelskamrarna, som vid denna tid hade en tillsynsuppgift att fylla vad gällde de auktoriserade mäklarna. Riktlinjerna var ett tidigt steg i riktning mot att styra mäklarverksamheten men de var inget annat än rekommendationer. De hade ingen, eller endast ringa, påverkan över den grupp av mäklare som valt att stå utanför auktorisationssystemet. Riktlinjearbetet var en ensidig intern sammanställning över hur CFN ansåg att en auktoriserad mäklare skulle agera. Riktlinjerna gör således inte anspråk på att vara någon kodifiering av praxis vid tidpunkten.

Även Auktoriserade Fastighetsmäklares Riksförbund, AFR, antog etiska regler för förbundets medlemmar.¹¹²

¹⁰⁷Se dock kungörelsens 7 § 1 st., där hänvisning till begreppet god affärsed görs.

¹⁰⁸Se kungörelsens 4 §.

¹⁰⁹SOU 1981:102 s. 75.

¹¹⁰Nämnden inrättades som en instans, dit klagande kunde vända sig då de ansåg att Handelskammaren kommit till ett felaktigt beslut i en fråga, se kungörelse (1947:336) om auktorisation av fastighetsmäklare, 9 §.

¹¹¹Sammanställningen finns i bilaga till SOU 1981:102, bilaga 2.

¹¹²Utkastet finns i bilaga till SOU 1981:102, bilaga 3.

Viktigt att minnas här är emellertid, att de ovan angivna riktlinjerna är särregleringar för hur de mäklare som valt att auktorisera sig¹¹³ förväntades agera i sin yrkesroll. Riktlinjerna kan inte ges den tyngd att de får anses vara någon kodifiering av praxis vid tidpunkten. De sågs väl snarare som något användbart i mäklarens marknadsföring, och det kan väl inte uteslutas att det var ett av riktlinjernas primära syften att fungera i denna egenskap.

Kritiken kvarstår

Efter denna genomgång av tidigare riktlinjearbete återknyts nu till den i inledningen av detta avsnitt ställda, men där obesvarade frågan, om den av Småhuskommitten framförda synen på mäklaren, vid tidpunkten, utgjorde en kodifiering av rådande praxis på marknaden. Det kan konstateras, att den förfäktade synen tycks passa ganska väl in på den roll som gavs åt de mäklare som valt auktorisationen som grund för sin verksamhet. Likväl är det viktigt att minnas, att dessa regler var satta att särskilja en verksam grupp av mäklare från en annan verksam grupp av mäklare, nämligen den grupp bestående av mäklare som valt att agera utanför auktorisationens sfär. I likhet med vad som gällde tills helt nyligen angående registrerade mäklare, och som förmodligen gäller ännu i dag, kunde man inte enbart med ledning av om en mäklare var auktoriserad eller ej avgöra om mäklaren i fråga levde upp till en viss acceptabel yrkesetisk nivå. Även om den av Småhuskommittén framförda åsikten tycks rimma väl med de regler som framkom i CFNs och AFRs riktlinjearbete, måste det nogsamt noteras att dessa regler var frivilliga att anamma på den grunden att auktorisationen i sig själv var frivillig. En stor grupp mäklare var verksamma utan auktorisation och ett generellt påstående att enbart dessa regler innebar en kvalitetsskillnad vad gäller yrkesskicklighet mellan grupperna torde vara ett påstående gripet ur luften. Synen på mäklaren som en opartisk mellanman som framfördes i SOU 1981:102 kan därför inte anses vara en kodifiering av då gällande praxis.¹¹⁴

En ytterligt betydelsefull omständighet, rörande det faktum att Mäklarsamfundet ställde sig bakom den i propositionen förfäktade synen på mäklaren som opartisk mellanman, är att Mäklarsamfundet innan diverse namnändringar hette Auktoriserade Fastighetsmäklares Riksförbund.¹¹⁵ AFR och Mäklarsamfundet är således identiska. Det torde varit mer uppseendeväckande om Mäklarsamfundet gjort gemensam sak med de övriga mäklarorganisationerna, och kritiserat synen på mäklaren som framkom i propositionen, än tvärtom. Hade Mäklarsamfundet fallit in i kritiken hade därmed kritiken träffat deras egna etiska regler, som ju i denna

¹¹³Prop. 1994/95:14 s. 18 anger att ca en tredjedel av landets mäklare valde att agera under auktorisationsbegreppet. En majoritet valde således att stå utanför auktorisationssystemet och de därmed direkt tillämpliga etiska reglerna.

¹¹⁴Det sagda stöds av uttalande från föredraganden i prop. 1983/84:16 s. 13.

¹¹⁵Christer Ankarswed, Fastighetsmäklarens ansvar enligt 9-14 §§ i lagen (1984:81) om fastighetsmäklare, s. 17.

del materiellt sammanföll med propositionens syn på mäklaren. Konsekvensen av det sagda blir, som konstaterades ovan, att propositionens synsätt inte var en kodifiering av praxis vid denna tid.

Detta konstaterande styrks, med eftertryck, av de starkt kritiska remissyttranden som avgavs i anslutning till förslaget. Om förslaget varit okontroversiellt hade kritiken varit obefintlig eller betydligt mer dämpad. Det är även i sammanhanget intressant notera, att Sveriges Advokatsamfundet *vidhöll* sin kritik i denna del även under remissförfarandet till den nu gällande mäklarlagen.¹¹⁶ Som en slutgiltig markering kan här påtalas att samfundet ingalunda var ensam i sin kritik. Kritiken kan betecknas som graverande¹¹⁷ då föremålet för den knappast är bagatellartat. Tvärtom rör det sig om en central fråga, av ypperlig betydelse, för hur den nu gällande mäklarlagen fungerar i praktiken. Det är därför inte förvånande att kritiken kvarstår och har synnerlig aktualitet i dag. Denna aktualitet finner syre i mäklarens vardag.

Mäklarlagens dolda undantagsregel

Köparen lever farligt

Varför är det överhuvudtaget viktigt diskutera frågan huruvida mäklaren är opartisk eller ej? Är det inte endast juridiskt hårklyveri av föga praktiskt och enbart teoretiskt värde? På denna fråga måste svaret bli ett uppfordrande *nej*. Konsekvenserna av en lag, som inte överensstämmer med de faktiska förhållanden den är satt att reglera, kan göra stor skada. Mäklaren lever osäkert. Han kan befinnas inte leva upp till mäklarlagens regler, och därmed bli skadeståndsskyldig, då han uppfyller sin lagstadgade¹¹⁸ omsorgsplikt gentemot sin uppdragsgivare. Att denne i egenskap av uppdragsgivare, och i många fall konsument, inte skulle ha rätt förlita sig på att mäklaren som uppdragstagare skulle med tillbörlig omsorg iaktta och tillvarata dennes intresse förefaller vara mindre övertänkt. Detta utmynnar i ett antagande, att nuvarande mäklarlag inte är ändamålsenlig då de reella förhållandena på marknaden beaktas. Den av lagen förfäktade synen på mäklaren som en opartisk mellanman är inte realistisk. Det är omöjligt att företräda bägge parter, i en och samma affär, i vart fall då dessa parter har sinsemellan motstridiga intressen.

Nu gällande lag är dessutom inte tydlig, även om man skulle acceptera att mäklaren är en opartisk mellanman. Eftersom regeringen i propositionen¹¹⁹ accepterar att mäklaren i förhandlingssituationer och affärsmässiga

¹¹⁶Se samfundets remissyttrande 1992-12-14, akt 687/1992 s. 3.

¹¹⁷Claude Zacharias, SvJT 1994 s. 561, särskilt i denna fråga s. 567, där advokat Zacharias betecknar den av regeringen avgivna redovisningen av remissyttrandena som "missvisande".

¹¹⁸Jmfr. vad som tidigare sagts om 18 kap. handelsbalken och kommissionslagen.

¹¹⁹Prop. 1994/95:14 s. 42.

förhållanden agerar mer lojalt gentemot sin uppdragsgivare än dennes motpart, framstår nuvarande reglering som mer neutral eller köparvänlig än den i själva verket är. Av lagens lydelse framgår inte att mäklaren äger tillgodose sin uppdragsgivares intressen i affärsmässiga förhållanden. Detta skapar en icke acceptabel osäkerhet, och speglar med all önskvärd tydlighet de svårigheter som uppstår då den påtvingade rollen sätts att tillämpas i praktiken. Således lever inte bara mäklaren osäkert, utan detsamma gäller köparen.

Uppdragsgivarens privilegium

Allmänt om förarbeten

Vilka är då dessa förhandlingssituationer och affärsmässiga förhållanden som medför att mäklaren, enligt lagens förarbeten, äger tillvarata sin uppdragsgivares intresse? De framgår som sagt inte av lagens lydelse, utan de har enbart antytts, och accepterats, i förarbetena. Dessa förarbeten bör enligt svensk rättstradition beaktas då domstolarna tolkar lagen. Detta följer av rättskällevärdet, och dess rättskälleprinciper. Det går utöver ämnet för denna uppsats att närmare diskutera rättskällevärdet. Här skall dock helt kort indikeras att olika rättskällor äger varierande tyngd i den juridiska argumentationen.¹²⁰ Av betydelse för denna uppsats frågeställningar är att konstatera, att mäklarlagen *skall* beaktas då domstol avger domslut i en viss fråga. Lagförarbeten (och prejudikat) har en något lägre status i den legala rangordningen än lag, och följaktligen *bör* dessa beaktas av en domstol i dess avgöranden. Härav följer att om lagens lydelse, i ett visst avgörande, skall frångås detta kräver en mer djupgående och grundläggande argumentering än vad som krävs för att förarbeten skall åsidosättas. Av ytterligare lägre dignitet återfinns bland annat rekommendationer av skilda slag, till exempel Konsumentverkets riktlinjearbete. Denna tredje klass av rättskällor *får* beaktas då domstol avgör rättsfrågan. Notera dock att samtliga nivåer ("skall", "bör" och "får") innehåller rättskällor av dignitet och att *bör*-källorna men även *får*-källorna kan förväntas innehålla en särskild tyngd innehållsmässig. Viktigt att notera är således att inte enbart lagen, *skall*-källor, är av auktoritativ betydelse vid rättsavgöranden. Ett syfte med att ge förarbeten denna tyngd i juridisk argumentation är att lagen därmed kan hållas mera generell och kompakt. Förarbetena har här en funktion av utfyllnad av lag, samtidigt som vissa generella frågeställningar konkret kan diskuteras däri. Pescenik kallar detta förhållande mellan lag och förarbeten *dialog*.¹²¹

Förarbetena är således till hjälp vid lagtolkning.¹²² Som bekant intar i svensk rätt förarbeten en betydelsefullare roll än i många andra länder. Denna

¹²⁰Aleksander Pescenik, Juridikens teori och metod, 1 uppl. s. 35 ff.

¹²¹Aleksander Pescenik, a.a. s. 40.

¹²²Se Jan Kleineman, JT 1990-91 s. 674, angående detta förhållande.

skillnad visar sig inte enbart i förhållandet mellan civil- och common-law system, utan detta är en reell skillnad även om vi ser på mer närliggande rättssystem här i Norden. Vid en jämförelse med EG-rätten framkommer en än större skillnad. Detta är av betydelse sedan Sverige blev medlem i EU.¹²³

Inom gemenskapsrätten förekommer inga egentliga förarbeten. Rättskällorna i EG-rätten är dels *den skrivna rätten*, som i princip består av de grundläggande fördragen, bland andra EG-fördraget (primärrätten)¹²⁴ samt förordningar och direktiv (sekundärrätten).¹²⁵ Vidare är *allmänna rättsprinciper* en del av rättskällorna inom EU. Dessa kan vara av EG-specifik karaktär, till exempel subsidiaritetsprincipen¹²⁶ eller samarbets- och solidaritetsprinciperna.¹²⁷ De allmänna rättsprinciperna kan också grundas på rättstraditioner som vuxit fram och numera anses som gemensamma för medlemsstaterna. Dessa rättstraditioner har tidigare erkänts av EG-domstolen och finns numera explicit angivna i Maastrichtfördraget art F. Dessa rättstraditioner har kommit till uttryck i till exempel Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.¹²⁸ Andra exempel på här avsedda rättstraditioner är legalitetsprincipen (art 3 b 1 st.) och proportionalitetsprincipen (art 3 b 3 st.). Ytterligare en rättskälla är *EG-domstolens avgöranden*. Trots att det inte föreligger något absolut krav följa domstolens tidigare domar, är domstolens avgöranden av mycket stor betydelse vid uttolkning och utveckling av EG-rätten. Som en sista rättskälla inom EU kan nämnas *de nationella rättsordningarna*.

Varför peka på dessa förhållanden i en uppsats som denna? Är det relevant? Ja, som exempel på hur den svenska lagstiftningstekniken kan utvecklas är det påtalade av intresse. Medan lagstiftaren i Sverige har i stor utsträckning sökt komprimera lagtexten till förmån för förarbeternas betydelse vid lagtolkning, intar man inom gemenskapsrätten en annan hållning. Det har redan tidigare påvisats att gemenskapsdomstolens praxis har utomordentligt stor betydelse i EG-rätten. EG-rätten är till stor del en domarskapt rätt.¹²⁹ Dessutom avfattas förordningar och direktiv med utförliga ingresser (preamble), vars syfte är att klarlägga hur artiklarna materiellt skall tolkas samt ange vilka intentioner och mål de avser att uppfylla. I och med Sveriges medlemskap i unionen, kan det hållas för troligt att lagstiftningstekniken kan komma att påverkas av dessa påvisade förhållanden. De svenska lagförarbetenas betydelse torde därmed alltmer

¹²³Förhållandet torde även ha haft betydelse redan i och med EES-medlemskapet, se Sven Norberg, SvJT 1995 s. 411.

¹²⁴Quitow, Carl Michael och Pålsson, Sten. EG-rätten. Ny rättskälla i Sverige, 1 uppl. s. 26f.

¹²⁵Sven Norberg, SvJT 1995 s. 403.

¹²⁶Beslut skall tas nära dem som berörs av beslutet.

¹²⁷Medlemsstaterna skall verka för att gemenskapsmålen förverkligas samt avstå sådana åtgärder som kan verka i motsatt riktning.

¹²⁸Europakonventionen, undertecknad i Rom 1950.

¹²⁹Quitow, Carl Michael och Pålsson, Sten, a.a. s. 19f, som även pekar på doktrinens betydelse i sammanhanget.

tona bort för att slutligen ses som en främmande fågel. Kort sagt, lagens riktlinjer och intentioner bör framledes komma till uttryck i lagtext (eller preambel), för att ge adressaterna en rimlig möjlighet bedömma lagens tillämpningsområde och omfattning. Undantagsregler gömda i förarbeten torde i framtiden knappast beaktas vid tolkning och utfyllnad av nationell rätt.

Slutligen skall anges att vissa rättskälprinciper gäller enligt den svenska rättskälleläran även för förarbeten och dessas betydelse vid lagtolkning. En sådan princip anger att ett helt oemotsagt uttalande i förarbeten äger större tyngd än ett uttalande som mött invändningar. Det kan vara av värde för läsaren att hålla det senast sagda i minnet under den fortsatta läsningen av denna uppsats!

Undantagen i förarbetena

I SOU 1981:102 (som hänvisar till Sveriges Advokatsamfunds remissyttrande i denna del) anges vissa förhållanden som kan anses falla in under de i detta avsnitt påtalade begreppen förhandlingssituationer och affärsmässiga förhållanden. Här nämns förhandlingssituationer beträffande prissättning och betalningsvillkor. I övrigt anføres den odefinierade beteckningen "andra direkt affärsmässiga överväganden".¹³⁰ Det torde kunna slås fast med en gång att ett klagande av dessa begrepp skulle vara på sin plats. Detta inte minst av den enkla anledningen att lagens, i detta avseende, mest centrala paragraf vilar på dem och materiellt är beroende av hur de definieras. Så snart ett försök till definition görs av begreppen kommer man omgående till den insikten att någon allmängiltig definition knappast står att finna. En omständighet som är av betydelse i en fastighetsaffär kanske är av underordnad betydelse i en annan, eller helt betydelselös. Några fiktiva situationer kan tjäna som åskådningsexempel:

- En säljare står i begrepp att erlægga handpenning för nytt boende. Han är i behov av att den person som förvärvar hans tidigare boende erlägger handpenning härför, för att med detta belopp betala handpenningen för det nya boendet. Detta exempel torde kunna kvalificeras som ett rent affärsmässigt förhållande, en situation där mäklaren äger tillvarata säljarens intresse, även om detta står i motsats till köparens intresse.

- Föreligger inte det i exemplet ovan visade behovet av medel från säljarens sida är han självfallet trots detta intresserad av att erhålla handpenningen. Men det har kanske inte lika hög grad av prioritet i detta andra fall än vad som gällde i fallet ovan. Affärsmässigt förhållande eller ej?

- En hårt skuldsatt säljare, där köpeskillingen till ringa eller ingen del kommer honom till del personligen, har kanske *inget intresse*

¹³⁰SOU 1981:102 s. 54.

överbudtaget av affären. Visserligen nedsätter köpeskillingen, efter provisionsavdrag, hans skulder i motsvarande mån, men trots att boendet säljs kanske detta inte förslår för att lösa den ekonomiska situation som säljaren befinner sig i.¹³¹ Skall säljarens brist på intresse i detta fall tillgodoräknas köparen såtillvida att den situation som visas i exemplet medför att mäklaren inte äger tillvarata sin uppdragsgivares intresse? Det kan ju hävdas på den grunden att säljare och köpare då inte har något motstående intresse.

Exemplen ovan visar att det inte är helt lätt att hantera begreppen, och klargöra vad som kan anses vara sådana förhandlingssituationer och affärsmässiga förhållanden som avses i propositionen. Vilka fall av de ovan relaterade skall anses svara mot kraven för att falla in under begreppen? Inget av de tre, alla eller ett eller två?

Ett annat exempel är tillträdesdagen, som ofta ses som en ytterst central förhandlingssituation, i synnerhet i de fall då säljaren redan har förvärvat ersättningsboende och övertagit betalningsansvaret för de krediter som belastar ersättningsfastigheten. Han står därmed med dubbelt boende och således även med dubbla boendekostnader. Han vill av naturliga skäl få tillträdesdagen angiven för det boende han säljer i så nära anslutning som möjligt till tillträdesdagen för det boende han köper. Därmed minimeras kostnaderna för dubbelt boende. I andra fall kan tillträdesdagen vara av mer underordnad betydelse. I exemplet torde tillträdesdagen ses som en sådan situation som kan anses vara kvalificerad för begreppen. Men om tillträdesdagen inte är ytterst central för säljaren, hur skall den då kvalificeras? Är den då ett affärsmässigt förhållande eller ej? Låt oss anta att den visserligen inte är ytterst central, men inte heller oviktig, för säljaren. Var går gränsen för de affärsmässiga förhållandena och vem utfyller dessa förhållandens materiella innebörd?

Val av medkontrahent är en av de allra mest betydelsefulla omständigheterna i en fastighetsaffär. Köparen skall inte enbart ha en uttalad önskan att förvärva objektet. Han skall dessutom ha en reell möjlighet att genomföra affären. Det torde vara överlåtelsens övergripande mål, samtidigt som det är säljarens syfte med att lämna uppdraget till mäklaren, att affären kan genomföras. I valet av medkontrahent ingår ett antal omständigheter, små som stora, som i förening medför att fastighetsaffären genomförs. Dessa omständigheter kan vara de som nämnts ovan. De kan också vara andra, och de kan uppkomma i konstellationer av varierande art. Varje fastighetsaffär är unik och skall behandlas därefter.

¹³¹Exemplet kan tyckas vara väl drastiskt, men egen erfarenhet från branschen visar att denna typ av från säljarens sida likgiltig inställning inte är helt ovanlig, till exempel vid skilsmässor eller andra tragedier av personlig eller ekonomisk art.

Man finner att en mängd olika förhållanden kan spela in i olika affärer.¹³² För egen del menar jag att huvuddelen av de förhållanden som kan vara av intresse för säljaren i en affär faller in under begreppen. De i en fastighetsaffär ingående förhandlingsmoment och affärsmässiga förhållanden, där mäklaren äger agera lojalt gentemot sin uppdragsgivare och i första hand tillvarata dennes intresse, består både av centrala förhållanden och mindre centrala förhållanden. Enligt min mening är det enbart de för säljaren rent perifera förhållandena, där det inte föreligger någon som helst intressekonflikt mellan parterna, som inte kan anses vara av affärsmässigt intresse i här avsedd betydelse.

Det godtas som nämnts i propositionen att mäklaren tillmötesgår säljarens intressen i högre grad vid affärsmässiga förhållanden, än annars. Då de flesta moment i en affär, om det ovan påvisade synsättet accepteras, kan innefattas i begreppet är det inte ändamålsenligt att lagregleringen utgår från de rent perifera förhållandena, av ringa betydelse för uppdragsgivaren. För att återknyta ett ögonblick till konsumentskyddsaspekten kan det här vara på sin plats att påminna om att det inte enbart är köparen som är konsument i en affär av denna typ. Även säljaren faller in under denna benämning.

Därmed har den tidigare nämnda sprickan vidgats och ett hål slagits upp i lagens, för köparen till synes, bastanta och trygga mur. Lagen skyddar köparen, såvida inte det gäller en förhandlingssituation eller en omständighet som rör "direkt affärsmässiga förhållanden". Här äger mäklaren som noterats agera lojalt gentemot säljaren (uppdragsgivaren), och som en konsekvens härav till nackdel för köparen, om det föreligger intressekonflikt mellan parterna. Det synes vara välmotiverat att ifrågasätta det rimliga i att lämna till en (oerfaren) köpare att avgöra när en mäklare agerar i ett affärsmässigt förhållande av betydelse för säljaren och när mäklaren agerar i egenskap av opartisk mellanman. Detta medför att lagen framstår som mer köpar/konsumentvänlig än den i själva verket är. Det kan inte gagna någon part att dela upp mäklartjänsten i dessa två moment, där vissa förhållanden medges kunna utföras till förmån för säljaren medan andra skall utföras opartiskt, varvid mäklaren alltså skall tillvarata både säljarens och köparens intresse.

Det ovan förda resonemanget kan i tillämpliga delar även appliceras på ett annat förhållande som framkommer i förarbetena. Att mäklarens skyldighet tillvarata både säljarens och köparens intresse gäller utan undantag kan man lätt förledas tro då man läser lagtexten¹³³ Av propositionen¹³⁴ framgår dock att denna mäklarens skyldighet är *begränsad* till att gälla inom ramen för vad som följer av god mäklarsed! Även detta klarläggande (?) i förarbetena medför en otydlighet över vad som egentligen avses. Enligt lagens lydelse tycks ju mäklaren vara skyldig tillvarata både säljarens och köparens intresse

¹³²Anna Hanberger, JT 1995/96 s. 567f, där ytterligare exempel på förhållanden där parterna har motstående intressen anförts.

¹³³12 § 1 st.

¹³⁴Prop. 1994/95:14 s. 76.

i lika hög grad. Ser man däremot på lydelsen i propositionen framgår att mäklarens skyldighet i detta avseende är begränsad. Även här övervältrar således lagstiftaren, på den många gånger oerfarne boendekonsumenten, att avgöra vilka åtgärder som mäklaren skall vidta under iakttagande av opartiskhet respektive vilka åtgärder som mäklaren äger företa till förmån för sin uppdragsgivare. Den påpekade, i förarbetena angivna, begränsningen medför även osäkerhet för såväl säljare som mäklare. Att det i förarbetena anges att ordet "därvid" i 12 § 1 st. 2 men. skall syfta tillbaka på begreppet god mäklarsed i styckets första mening, är inte självklart. Ordet därvid kan lika gärna tolkas som att det syftar på ordet uppdrag i första styckets första mening.

Det är enligt min mening olyckligt att mäklarlagen och dess förarbeten, på denna centrala punkt, uppvisar denna svaghet. Det gagnar inte lagens syfte att vara av konsumentskyddande karaktär, utan en iögonfallande rättsosäkerhet blir följd. Det är dessutom anmärkningsvärt att det i propositionen¹³⁵ anges att det "är viktigt att parterna *i alla lägen* har klart för sig vilken roll mäklaren spelar".¹³⁶ Lagen ger inte köparen denna möjlighet idag. Tvärtom finns det ju en obestämd massa av förhållanden, där mäklarlagens förarbeten lämnar åt köparen att avgöra i vilken roll mäklaren agerar. Är han, i ett specifikt förhållande, den glorifierade opartiske mellanman som bärs fram i mäklarlagen eller är han den lurige filur som köparen lärt sig att ifrågasätta?¹³⁷

Den brist på samstämmighet som idag föreligger vad gäller synen på mäklarens yrkesroll som opartisk mellanman får som synes långtgående negativa konsekvenser. Det förefaller mindre lyckat att de i förarbetena framförda kritiska synpunkterna inte beaktades i större utsträckning av regeringen. Resultatet är, enligt min mening, att den nu gällande lagstiftningen på området inte fyller sin funktion. Att acceptera att mäklaren kan agera till förmån för säljaren i vissa fall och opartiskt i andra - i samma affär - visar att argumenten för att mäklaren skall agera opartiskt inte passar in i verkligheten. Detta har, i och med acceptansen av förhandlingssituationer beträffande prissättning och betalningsvillkor samt de affärsmässiga förhållandena, medvetet eller omedvetet godtagits av regeringen i propositionen. Även den påtalade begränsningen i förarbetena, som anger att mäklaren skall tillvarata både säljarens och köparens intresse *då god mäklarsed så påbjuder*, visar tydligt att den i lagen förfäktade synen på mäklaren inte är verklighetsförankrad.

¹³⁵Prop. 1994/95:14 s. 42.

¹³⁶Min kursivering.

¹³⁷I sammanhanget är det intressant notera att prop. 1994/95:14 s. 14, i anslutning till frågeställningen om ökade krav vad gäller utbildning av mäklare, anför, som ett medel för att söka komma tillrätta med de oönskade beteenden som föreligger i branschen, betydelsen av "tydligare civilrättsliga regler". Som kommer att framgå av detta arbete kan det ifrågasättas om nu gällande mäklarlag verkligen lever upp till denna målsättning.

Dessutom är det av mycket stor praktisk betydelse notera, att frågan inte enbart rör relationen till parterna. Ytterligare en omständighet, det tredje intresset, spelar roll i sammanhanget. Denna omständighet utgörs av mäklarens intresse av affären, främst rätten till provision. Trots att detta tredje intresse av många torde vara obekvämt att hantera i sammanhanget, har det stor betydelse. Man måste inse att mäklarens verksamhet också är källan till hans utkomst. Det ställs oerhört stora krav på mäklaren, då det antas att han utan komplikationer skall kunna hantera dessa *tre* intressen. Den totala kontroll som mäklaren ikläds, till följd av uttalanden i förarbeten och lagen lydelse, kan medföra att mäklaren har svårt att särskilja sina egna intressen från de övriga i affären. Detta innebär en osäkerhet för parterna, och kan vara en källa till illojalt agerande från mäklarens sida i förhållande till säljare och köpare. Denna intressekonflikt skulle kunna elimineras om mäklaren ägde agera uppdragstagare, och tillvarata främst sin uppdragsgivares intresse. Uppdragsgivarens medkontrahent skulle likaledes företrädas av eget ombud. Därmed skulle det i varje affär finnas en inbyggd kontroll mot illojalt beteende, eftersom mäklaren i dessa fall inte har den totala kontroll av affären som är fallet i dagens system. Det sagda kontrasterar starkt mot nu gällande mäklarlag. En *myhet* i lagen i förhållande till tidigare lag är förbudet för mäklaren att agera ombud för någon part!

Lagens ombudsförbud

I linje med synen på mäklaren som opartisk mellanman, ges en regel i lagen om förbud mot att agera som ombud för säljare eller köpare.¹³⁸ Den argumentation som framförs i detta arbete, mot synen att se mäklaren som opartisk mellanman, medför att ombudsförbudet skall utmönstras ur lagen. Eftersom det här påvisats att mäklaren istället skall ges uttrycklig tillåtelse agera till förmån för sin uppdragsgivare,¹³⁹ följer det av detta att mäklarens roll i själva verket kan vara just ombudets.¹⁴⁰ Dessutom kan avsteget från ombudsförbudet i paragrafens andra mening, där det framgår att mäklaren får agera som ombud och åta sig begränsade åtgärder till förmån för någon av parterna i den mån god mäklarsed så medger, ses som ett kvitto på att mäklarens opartiskhet är en främmande fågel. Enligt min mening är lydelsen ytterligare en omständighet, om än inte ett erkännande, av att opartiskheten svårligen kan passas in i verkligheten. De rättshandlingar som avses träffas av regleringen skall, enligt propositionen,¹⁴¹ vara av rent formell betydelse. Ett liknade resonemang som förts ovan angående begreppen förhandlingssituationer och affärsmässiga förhållanden, torde ändock kunna

¹³⁸15 §.

¹³⁹Denne uppdragsgivare kan uppträda antingen som säljare eller köpare.

¹⁴⁰Låt vara att mäklarens uppdrag, enligt fullmakt, rent faktiskt inte bör dras så långt att han äger förplikta säljaren gentemot köparen. Det är säljaren, inte mäklaren, som skall avgöra vem som skall vara medkontrahent i en fastighetsaffär. Notera f ö att om fullmakt ges i syfte att förplikta säljare gentemot köpare, denna skall vara skriftlig. Detta följer av formkravet vid fastighetsöverlåtelse, 4 kap. 1 § jordabalken samt 2 kap. 27 § 2 st. avtalslagen.

¹⁴¹Prop. 1994/95:14 s. 50.

anföras vad gäller det i lagtexten här ingående begreppet begränsade åtgärder. Av propositionen framgår även att regeringen ser en risk i denna typ av reglering, då man anför att förhållandet kan medföra "besvärliga gränsdragningsproblem".

Ur rättssäkerhets- och konsumentsynvinkel menar jag att det bör erkännas att mäklaren inte kan agera opartisk i sin verksamhet. Med nuvarande reglering föreligger en uppenbar risk att mäklaren kan bli föremål för icke rättmätiga klagomål. Detta är en direkt konsekvens av att mäklarens yrkesroll inte stämmer överens med den bild som, trots omfattande kritik, kommit till uttryck i lagen. Följden av att mäklaren lever upp till sin omsorgsplikt i förhållande till sin uppdragsgivare *kan bli* att han bryter mot mäklarlagen. Därmed föreligger risk för att skadestånsansvar inträder för mäklaren. Syftet med att skapa ett säkrare skydd för köpare, och däri inbegripet konsumentskydd, är vällovligt. Detta borde dock speglas i en lag som gör det praktiskt möjligt för mäklaren att agera på marknaden.

Skälen mot den av lagstiftaren förfäktade åsikten

Därmed har två från varandra skilda skäl anförts mot den syn på mäklaren som framförs i mäklarlagen. Det *första* skälet var att det följer av mäklarens omsorgsplikt till följd av hans roll som uppdragstagare att han skall tillvarata uppdragsgivarens intresse i första hand, även om detta skulle innebära att han agerar till nackdel för medkontrahenten. Det kan inte anses vara ändamålsenligt, att i fastighetsförmedlingsverksamhet frångå vad som enligt lag och praxis gäller vid uppdragsförhållanden i allmänhet. Det *andra* skälet var att det i propositionen accepterats att mäklaren, i vissa icke närmare angivna förhandlingsituationer och direkt affärsmässiga överväganden, agerar till förmån för sin uppdragsgivare. Lagens lydelse har, enligt rättskälleläran, visserligen högre dignitet än förarbeten. Det är därför upp till domstol hur lagen ytterst skall tolkas. Det får dock anses som uppseendeväckande om förarbetena av domstol helt skulle ignoreras, eller tillmätas underordnad betydelse i detta avseende. Detta speciellt med tanke på att det omtvistade förhållandet är av central betydelse för lagens tillämplighet, samt att dess konsekvenser kan medföra allvarliga följder för berörda parter och mäklare. Genom de formuleringar som valts i propositionen är en mycket olycklig osäkerhet inbyggd i lagen, eftersom dessa för lagen centrala begrepp inte är definierade. Accepteras dessutom det ovan påvisade synsättet att de flesta moment i förmedlingsverksamheten är av den karaktär att de kan räknas in under dessa begrepp, blir mäklarlagen helt uddlös. Den skulle i så fall enbart träffa de rent perifera momenten, och vid sidan av dessa acceptera att mäklaren äger tillvarata sin säljarens intresse i högre grad än köparens.

Tänkbar invändning mot resonemanget

Ibland hör man från mäklarhåll, som argument för att säljaren skall vända sig till en yrkesverksam förmedlare istället för att söka genomföra fastighetsförsäljningen själv, att köpeskillingen blir högre om en kunnig mäklare anlitas. Med detta argument som grund skulle man ju kunna hävda att det är köparen som *indirekt* betalar provisionen till mäklaren. Argumentet går alltså ut på att säljaren erhåller mäklartjänsten "gratis" i och med att köpeskillingen, vid mäklarförmedlingen, täcker både den antagna köpeskillingen vid privatförsäljningen och kostnaden för provisionen. Det kan ju därmed ifrågasättas om det verkligen är säljaren som erlägger provisionen. Ser man saken på det sätt som här anförts skulle det ju kunna hävdas att det är både säljare och köpare som betalar provisionen, eller till och med enbart köparen. Den ovan skisserade situationen skulle därmed hamna i ett delvis annat läge. Visserligen skulle säljaren fortfarande vara mäklarens uppdragsgivare men plötsligt kan hävdas att hans motpart, köparen, indirekt erlägger provisionen. Därmed skulle den i lagen framförda synen på mäklaren som opartisk mellanman framstå som mindre förvånande. Mäklaren skulle ju därmed kunna peka på konkreta omständigheter för att tillvarata bägge parter intresse, dels sin uppdragsgivare, säljaren, och dels den, helt eller delvis, provisionsbetalande köparen.

Argumentet är emellertid starkt teoretiskt och det kan svårligen verifieras. Det föreligger säkerligen en viss sanningshalt i påståendet i den situation då marknaden befinner sig i en svacka och antalet fastighetsaffärer är ett minimum. Motsatsen är emellertid vid handen då marknaden är aktiv och efterfrågan stor. Det sagda har stöd i erfarenheter från den senaste tioårsperioden, som uppvisar exempel på båda nämnda marknadssituationer. I den upphaussade fastighetsmarknad som rådde under 1980-talets sista år kunde en säljare i stort sett beställa ett pris av mäklaren. Mäklaren teg om sin egen uppfattning om priset, och accepterade säljarens uppfattning som en realistisk prisnivå. Under den euforiska stämning som rådde, och med benägen hjälp från välvilliga kreditinstitut, dök en entusiastisk köpare upp på scenen - och slog till. Förvärvet genomfördes på den prisnivå som säljaren "beställt".¹⁴² I detta läge var inte mäklaren den prisdrivande faktorn, utan denna roll intogs snarare av kreditgivaren.

Dessa extrema marknadssituationer kan dock inte läggas till grund för en generell lagreglering vad gäller synen på mäklaren. I en väl fungerande marknad, där ett gynnsamt antal fastigheter överlåts, finns definitivt ett behov av mäklare. Men att anlita en mäklare behöver per automatik inte innebära en för säljaren mer gynnsam prisnivå. Därför är och förblir säljaren mäklarens uppdragsgivare. Säljaren äger därför ha i denna sin

¹⁴²Det följer tydligen av människans natur, och då framförallt i dennes egenskap av fastighets säljare, att det är betydligt lättare acceptera att fastighetspriserna skjuter i höjden än att se de rasa.

egenskap en högst rimlig och rättfärdig förväntan om att mäklaren skall agera omsorgsfullt och tillvarata säljarens intresse före köparens.

Självinträde och handel med fastigheter

Allmänt

I propositionen¹⁴³ diskuteras frågorna om mäklarens självinträde och handel med fastigheter, samt annan verksamhet som kan ifrågasättas om mäklaren skall involvera sig i. Frågorna belyses självfallet från den i propositionen förfäktade synen på mäklarrollen. I förarbetena nås den konklusionen att det måste anses vara oförenligt med mäklarens roll som opartisk mellanman att själv (eller genom närstående) inträda i en affär där försäljningsobjektet lämnats till honom i egenskap av mäklare. En liknande konklusion anges vad gäller handel med fastigheter och annan verksamhet där mäklarens roll kan ifrågasättas. Förbuden motiveras utifrån synen på mäklaren som opartisk mellanman, och är således konsekvenser av denna syn. Medför den syn på mäklarrollen, som förordas i detta arbete, att en annan hållning vad gäller dessa frågor är motiverad?

Självinträde

Enligt gällande mäklarlag¹⁴⁴ får en mäklare (eller till honom närstående) inte köpa en fastighet som han *har* i uppdrag att förmedla, sk förbud mot självinträde. Sker förvärv av fastighet som mäklaren *tidigare har haft* i uppdrag att förmedla, skall förvärvet ("genast") anmälas till FMN. Paragrafen är i realiteten en nyhet i förhållande till tidigare mäklarlag, som indirekt godtog att mäklaren genomförde självinträde. Dåvarande lag angav nämligen att mäklaren inte hade rätt till ersättning om han själv eller närstående inträdde som köpare.¹⁴⁵

Med den förändrade syn på mäklaren som här förordas, kommer frågan i ett annat ljus. Som tidigare konstaterats bör en mäklare, i första hand, fungera som den lojale uppdragstagaren gentemot sin uppdragsgivare. Det har emellertid påvisats att mäklaren har skyldigheter även mot köparen. En av dessa skyldigheter är att påtala för köparen att han kan och bör kontakta eget ombud. Eftersom det inledningsvis i arbetet konstaterades att diskussionen skulle röra det sk huvudfallet,¹⁴⁶ har frågan behandlats ur denna synvinkel.

¹⁴³Prop. 1994/95:14 s. 51f och 53f.

¹⁴⁴13 §.

¹⁴⁵17 § lag (1984:81) om fastighetsmäklare. Se även prop. 1994/95:14 s. 51.

¹⁴⁶Huvudfallet har här betecknats den relation då en säljare kontakter en mäklare, för att genom denne komma i kontakt med en köpare med vilken säljaren kan ingå ett överlåtelseavtal med.

Det är emellertid viktigt komma ihåg att förhållandet kan vara det omvända. Den förordade regleringen täcker även det fall då köparen kontaktar en mäklare, för att denne skall fungera som uppdragstagare.

En konsekvens av detta blir att, då mäklaren finner att han har ett eget intresse i affären, dvs. att mäklaren nu "agerar från köparsidan", han skall göra parten uppmärksam på detta. I enlighet med den lagbundna skyldigheten att upplysa om vikten av och möjligheten till eget ombud, skall mäklaren i dessa fall rekommendera säljaren att ta kontakt med eget ombud. Mäklaren kan ju för säljaren inte längre fungera i denna egenskap, då han har ett eget intresse i affären.

Eftersom säljaren i eget intresse torde kontakta ett ombud, för att denne skall tillvarata säljarens intressen i förhållande till köparen (mäklaren), är någon offentlig- eller opartisk kontroll i övrigt inte nödvändig. Det torde alltså inte vara behövt med någon form av rapportering för godkännande av affären, eftersom denna funktion fullgörs av det från köparen (mäklaren) fristående ombudet. Ett krav är emellertid att mäklaren vid dessa förhållanden verkligen informerat om möjligheten till eget ombud, samt i förekommande fall tillräckligt tydligt redogjort för varför denna möjlighet bör utnyttjas av säljaren. Bevisbördan för att denna information lämnats i tillräcklig omfattning ligger på mäklaren. Om mäklaren inte svarar upp mot skyldigheten att informera säljaren om att han kan och bör kontakta eget ombud, kan vissa påföljder bli aktuella. Dessa påföljder kan vara varning eller återkallande av registrering. Även skadeståndsskyldighet bör ifrågakomma. Däremot torde inte provisionsbortfall vara aktuellt, eftersom mäklaren i dessa fall inte bör vara berättigad till provision. Visserligen kan hävdas att mäklaren har lagt ned ett visst arbete på affären, och det kan vidare hävdas att säljaren gör en omotiverad vinst genom att provisionsfritt sälja sin fastighet till mäklaren. Dessa förhållanden motiverar dock inte att mäklaren skulle vara berättigad till ersättning på den grunden att han förvärvar en fastighet. Dessutom är det ju så att säljaren skall betala sin uppdragstagare skälig ersättning.

Härmed har påvisats att, med den reella synen på mäklarrollen som här förordas, självinträde av mäklare vad gäller fastigheter som han fått i uppdrag att förmedla bör vara tillåtet. Det finns inga skäl behandla frågan på annat sätt, eftersom tillräcklig säkerhet erbjuds medkontrahenten om denne upplyses om möjlighet till eget ombud. Eftersom denna typ av agerande knappast kan falla in under begreppets förmedlings betydelseområde, bör lagen vidgas till att även vara tillämplig för dessa förhållanden.

Handel med fastigheter

Enligt gällande lag¹⁴⁷ får mäklare inte bedriva handel med fastigheter. Mäklaren får inte heller involvera sig i annan verksamhet som är ägnad rubba förtroendet för honom som mäklare.

Inte heller detta förbud kan motiveras, med den reella synen på mäklarrollen. I likhet med vad som påtalats ovan i anslutning till diskussionen om självinträde, skall dock en upplysningsskyldighet åligga mäklaren för de fall han själv intar säljarens roll. Mäklaren (säljaren) skall, genom en lagbunden skyldighet, upplysa köparen om att han kan och bör ta kontakt med eget ombud. Även här bör bevisbördan för att lagens krav uppfyllts åligga mäklaren. Påföljderna för mäklaren, om han underlåtit upplysa köparen i tillräcklig omfattning, skall i likhet med vad som angetts böra gälla vid självinträde vara varning eller avregistrering. Även skadeståndsskyldighet bör komma ifråga.

Om det i lag införs en skyldighet för mäklaren att upplysa om rätten till eget ombud, har här visats att även handel med fastigheter bör vara tillåtet. Eftersom handel med fastigheter inte faller in under begreppet förmedlings betydelseområde, är det även av här behandlad fråga motiverat att vidga mäklarlagens tillämpningsområde.

Vad gäller de övriga verksamheter som en mäklare inte bör involvera sig i, framgår det inte av förarbetena vilken typ av verksamheter som avses. Istället anges att det får överlämnas till praxis att definiera vilka dessa verksamheter är.¹⁴⁸ Ett exempel anges dock. Det anses vara oförenligt med nuvarande mäklarlag att mäklaren, förutom mäklarsysslan, även agerar som agent eller försäljare för en småhusproducent. Om en uttrycklig skyldighet ges i lag, att mäklaren skall upplysa om att köparen kan och bör ta kontakt med eget ombud, innebär detta att även denna typ av fastighetsaffärer kan falla in under en och samma lag. Därmed är det också bevisat att om synen på mäklaren förändras i riktning mot vad som sagts i detta arbete, mäklare äger agera inom fler verksamhetsområden än vad som är möjligt idag. Det skulle innebära en mycket betydelsefull konsumentseger, om dessa idag förbjudna verksamheter skulle bli upphöjda till rumsrena i lagstiftarens ögon. Betydelsen av att en och samma lag täcker dessa verksamheter kan inte överskattas. Det är enligt min uppfattning inte ändamålsenligt att, till exempel, köp av nyproducerat småhus inte faller in under mäklarlagens tillämpningsområde, om huset förvärvas direkt från byggherren, medan motsatt förhållande blir fallet om byggherren lämnat försäljningsuppdrag till mäklare.¹⁴⁹

¹⁴⁷14 §.

¹⁴⁸Prop. 1994/95:14 s. 54.

¹⁴⁹Jmfr. dansk mäklarlag § 1.

Uppsatsens andra fördjupande del

Köparens skydd i lag och begreppet god fastighetsmäklarsed

Omsorgspliktens räckvidd

Som framgått av det ovan förda resonemanget är ett grundläggande hinder för att mäklaren skall kunna agera opartiskt i förhållande till säljare och köpare mäklarens omsorgsplikt gentemot sin uppdragsgivare. Om omsorgsplikten som begrepp skall framgå av lag, bör detta begrepp reserveras för lojalitetsrelationen mellan uppdragstagare och uppdragsgivare. Att mäklaren skall agera med omsorg i sin yrkesroll, och att detta skall framgå av lag, måste anses vara rimligt. Lika rimligt måste det vara att begreppet klart i mäklarlagen inskränks till att gälla enbart mäklarens förhållande till uppdragsgivaren. En sådan begreppsordning skulle främja tydligheten i lagen och mäklarens roll och skyldigheter gentemot parterna skulle klargöras.

Det materiella innehållet i mäklarens omsorgsplikt gentemot uppdragsgivaren behöver dock inte framgå av mäklarlagstiftningen. Begreppet kan med fördel utfyllas genom analogier med kommissionslagen och de däri existerande grundläggande principerna för uppdragsförhållanden.

Köparens lagskydd

Innebär det ovan förda resonemanget, att acceptera att mäklaren har starkare band och rätteligen så gentemot säljaren, också ett accepterande att köparen är rättslös eller att han i vart fall har en sämre rättslig ställning än sin medkontrahent?

Ingalunda. Då omsorgsbegreppet reserverats till förmån för uppdragsgivaren, bör i lag anges vissa särskilda skyldigheter som mäklaren har gentemot uppdragsgivarens medkontrahent. Redan 1984 års mäklarlag innehöll denna typ av lagreglerade skyldigheter och i nu gällande lag har denna grupp utvidgats. Dessa explicit i lagtext angivna skyldigheter bör kvarstå i lagen och kan sägas ha till syfte att uppnå balans i mäklarens förhållande till parterna så som detta skisserats här. Kalla det gärna motpol till omsorgsplikten.

De skyldigheter, enligt lagen, som mäklaren har gentemot köparen har tidigare redogjorts för ovan i avsnittet Fastighetsmäklarlagen. Vissa av dessa lagreglerade skyldigheter gäller inte enbart i förhållande till köparen, utan mäklaren har även vissa i lagen angivna skyldigheter gentemot säljaren. Om dessa mäklarens skyldigheter *på grund av omsorgsplikten* i förhållande till säljaren skall framgå av lag är, enligt min åsikt, en smaksak. Eftersom begreppet omsorgsplikt här reserverats för mäklar/uppdragsgivarförhållandet kan dessa skyldigheter likaväl ses som utflöde av denna plikt. Emellertid bör det av lag framgå vilka skyldigheter mäklaren har mot en säljare, om mäklaren agerar som uppdragstagare i förhållande till en köpare. Det bör med andra ord finnas skydd för båda parter i lag, beroende på att mäklaren i det i arbetet förordade lösningsförslaget äger agera som uppdragstagare i förhållande till den ena av parterna. Eftersom arbetet utgår från det sk huvudfallet, diskuteras mäklarens lagbundna skyldigheter i förhållande till en köpare. Dessa lagkrav anger bland annat att mäklaren skall upplysa köparen om dennes undersökningsplikt, dvs. att köparen före köpet bör undersöka fastigheten eller överlåta åt annan att företa den tekniska besiktningen.¹⁵⁰ Enligt samma paragraf skall mäklaren verka för att säljaren före överlåtelsen lämnar de uppgifter om fastigheten som kan antas vara av betydelse för köparen.

Vidare innefattas i mäklarens upplysningsskyldighet att han skall informera om de förhållanden, av betydelse i affären, som han känner till. Dessa förhållanden kan utgöras av sådana uppgifter som mäklaren sedan tidigare äger kännedom om, till exempel speciella markförhållanden. Vidare kan uppgifter från säljaren falla in här, och mäklaren har alltså att vidarebefordra dessa till köparen. Helt okritisk kan mäklaren inte förhålla sig till säljarens uppgifter. Om till exempel en ensamstående person, som står i begrepp att sälja en sommarstuga ombyggd till permanentboende, besvarar en i frågelistan ingående fråga angående den grävda brunnens vattenkapacitet med att vattenmängden är fullt tillräcklig för åretruntboende bör mäklaren reagera. Utgörs köparsidan till exempel av en trebarnsfamilj innebär detta att hushållets vattenåtgång ökar i förhållande till vad den var tidigare i det mindre hushållet. Brunnens kapacitet kan här visa sig vara helt otillräcklig, för de nya ägarna.

Liknande synsätt kan anföras på en mängd förhållanden. Om en åttiofemårig änka besvarar en fråga om yttertaket skick med att det är fullständigt felfritt, innebär inte detta att mäklaren skall acceptera uttalandet som en sanning. Damen i fråga meddelar enbart vad hon känner till. Om mäklaren uppmärksammat, vid en okulär besiktning, något förhållande som gör honom misstänksam angående takets beskaffenhet bör han göra en köpare

¹⁵⁰16 §.

påmind om detta.¹⁵¹ Detta följer av upplysningskyldigheten, god mäklarsed och omsorg till uppdragsgivaren. En väl genomförd affäragnar alla.

Vidare har mäklaren en kontrollskyldighet.¹⁵² Denna skyldighet innebär att mäklaren skall kontrollera förfoganderätten över fastigheten samt vilka graveringar som belastar denna i form av inteckningar, servitut och andra rättigheter.¹⁵³ I de stora flertalet fall torde denna kontroll räcka. Det förekommer dock fall där servitut inte är inskrivna i fastighetsregistret, s k fastighetsbildningsservitut. Då fordras av mäklaren att även detta kontrolleras.¹⁵⁴

Mäklaren skall, i konsumentrelationer, tillhandahålla köparen en skriftlig beskrivning av fastigheten.¹⁵⁵ I denna typ av relation skall mäklaren även tillhandahålla köparen en skriftlig beräkning av antagna boendekostnader för fastigheten.¹⁵⁶ ¹⁵⁷ ¹⁵⁸ Mäklaren skall verka för att parterna träffar

¹⁵¹Jmfr. Hovrätten Övre Norrland, DT 2015 mål T 61/89, refererat i Christer Ankarswed s. 51f. En fastighet var behäftad med röt- och mögelskador i vindsbjälklaget och yttertaket innerpanel. Mäklaren ägde efter en okulär besiktning kännedom om felen. Han meddelade inte köparna detta. Hovrätten fann att mäklaren, genom att underlåta upplysa köparna om felen, åsidosatt sin upplysningsplikt enligt (då gällande) 10 § mäklarlagen. Ankarswed är kritisk till hovrättsdomen och menar att mäklarens ansvar inte får dras så långt att det dämpar säljarens och köparens ansvar enligt 4 kap jordabalken. Han menar därför att tingsrätten kom fram till ett mer korrekt domslut, då den anförde att köparen inte levt upp till sin undersökningsplikt. Fallet visar att skiljelinjen mellan mäklarens upplysningsplikt och köparens undersökningsplikt inte är helt okontroversiell.

¹⁵²17 §.

¹⁵³Denna kontrollskyldighet torde inrymma att kontrollera både härskande och tjänande servitut.

¹⁵⁴Ett exempel på mäklarens kontrollskyldighet utgör tingsrättsdomen DT 28 mål T 9-34-90, refererad av Ankarswed, a.a. s. 61. Mäklaren hade fått i uppdrag förmedla en bostadsrätt. Bostadsrätten skulle enligt det upprättade avtalet överlåtas gravationsfri på tillträdesdagen. Kort tid före tillträdesdagen upptog säljaren ett lån om 430.000 kronor. Som säkerhet pantsattes bostadsrätten. Mäklaren anförde att han kort före tillträdesdagen kontrollerat, via bostadsrättsföreningens ordförande, om lägenheten var pantsatt för säljarens skuld. Ordföranden förnekade att mäklaren kontaktat honom för sådan kontroll i nära anslutning till tillträdesdagen. Tingsrätten fann att mäklaren *inte kunde styrka* att han företagit den uppgivna kontrollen i nära anslutning till tillträdet. Som Ankarswed anger, visar fallet att mäklaren har bevisbördan för att han uppfyllt de skyldigheter som åläggs honom enligt mäklarlagen. (Jmfr. Karnov I s. 6669 (37) angående bevisbördan enligt dansk mäklarlag). Ankarswed upptar, s. 75, ytterligare ett fall där bedömning rörande mäklarens kontrollskyldighet förelåg, Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd, FRN, Dnr 537/84. Tvisten rörde en felaktigt angiven fastighetsareal. Mäklaren hade uppgivit 1.579 m². Verklig areal var 894 m². Mäklaren krävdes på 20.000 kronor i ersättning av köparna. Nämndens beslut: Arealen är felaktigt angiven, men uppgiften hade erhållits från ett aktuellt taxeringsbevis utfärdat av Lokala skattemyndigheten. Detta innebär i allt fall att mäklaren inte kan avkrävas någon ersättning för den felande arealen.

¹⁵⁵18 § och däri närmare angivna förhållanden.

¹⁵⁶Prop. 1994/95:14 s. 81 som hänvisar till prop. 1983/84:16 s. 41, anger att boendekostnadskalkyl skall vara individuellt beräknad samt vara upprättad med marginal. Se även Konsumentverkets författningssamling, KOVFS 1996:4 6.3.

¹⁵⁷NJA 1997 s. 667. Andelsrätt i bostadsförening utbjöds till försäljning för 2.200.000 kronor. Ytan uppgavs av mäklaren till ca 125 m². Uppgiften kom dels från säljaren

överenskommelser, i frågor som behöver lösas i samband med överlåtelsen. Mäklaren kan även ha vissa skyldigheter vad gäller att vara behjälplig med upprättande av handlingar, som krävs för överlåtelsen.^{159 160}

De ovan angivna, i lagen fastställda, skyldigheterna ger köparen en rimlig säkerhet då han står inför ett fastighetsköp. De täcker de grundläggande frågor som en köpare har rätt få besked om och hjälp med i sitt köp. Här finns bland annat betydelsen av den byggnadstekniska kontrollen av objektet berörd och den ekonomiska innebörden av köpet framgår av boendekostnadskalkylen. Den viktiga kontrollskyldigheten rör ett annat centralt moment som den genomsnittlige köparen knappast äger erforderlig insikt i. Det är därför rimligt att dessa moment ombesörjs av mäklaren på ett professionellt och korrekt sätt. Detta innebär inte att mäklaren frångår sin omsorgsplikt gentemot säljaren eftersom det även ligger i säljarens intresse att affären genomförs på ett korrekt sätt. Risker för obehagliga framtida överraskningar minskar därmed för säljaren. Lagen anger att om mäklaren uppsåtligen eller av oaktsamhet åsidosätter dessa skyldigheter skall han ersätta skada som uppstår till följd av hans agerande.¹⁶¹ Detta regelsystem medför att köparen erhåller ett rimligt grundläggande skydd i lag, och bör

muntligen, dels från ett skriftligt, av yrkesmässigt verksam besiktningsman utfärdat, värdeutlåtande tillhandahållet av säljaren. Enligt utlåtandet emanerade uppgiften från ordföranden i föreningen. Lägenheten köptes nov 1989 till en köpeskilling av 2.000.000 kronor. Vid en av köparna några år senare beställd värdering, befanns lägenhetsytan vara 110 m². Köparna yrkade att domstolen skulle förplikta mäklaren till dem utge 160.000 kronor, jämte ränta. HD fann, i motsats till tingsrätten, att mäklaren normalt har rätt att, utan egen kontroll, lita på de uppgifter som tillhandahålls av säljare. Detta får dock ej ske okritiskt (jmf. ovan refererad dom DT 28 mål T 9-34-90). Finns befogad anledning för mäklaren misstänka att de av säljaren lämnade uppgifterna inte är korrekta, är han skyldig kontrollera dess riktighet innan de vidarebefordras. Mäklaren hade dels förlitat sig på säljaren, dels på det skriftliga värdeutlåtandet. HD fann att det inte förevarit någon omständighet, som givit mäklaren anledning betvivla uppgiften om lägenhetsytan. Det hade inte heller i målet framkommit någon annan omständighet som gjorde att mäklaren åsidosatt sin skyldighet då hon inte närmare kontrollerade lägenhetens yta. HD fastställde hovrättens dom. Jmfr. även NJA 1991 s. 725, refererat i Ankarswed, a.a. s. 66.

¹⁵⁸Ankarswed, Christer, a.a. s. 79, FRN Dnr 006/86: Köparen yrkade ersättning på grund av att de i boendekostnadskalkylen ingående driftskostnaderna var för låga. Nämndens utlåtande: Mäklaren har vidarebefordrat uppgifter angående driftskostnader från säljaren. Dessa uppgifter har framstått som i huvudsak rimliga. Mäklaren har vid sådant förhållande rätt att utgå från att uppgifterna är riktiga och kan därför inte bli ansvarig.

¹⁵⁹19 §, som alltså gäller i förhållande till både säljare och köpare, jmf. vad som sagts inledningsvis i detta avsnitt.

¹⁶⁰Fullt så ihärdig som mäklaren var i FRN Dnr 016/86 skall mäklaren dock inte vara (referat ur Ankarswed, a.a. s. 83): Tvisten gällde ett ofullbordat köp. Två av fyra säljare vägrade att skriva på köpekontraktet, eftersom de ångrat sig och inte ville sälja. Trots detta upprättade mäklaren ett köpebrev, vilket resulterade i att köparna beviljades lagfart endast för halva fastigheten. Mäklaren borde ha insett detta resultat, eftersom endast två av säljarna undertecknade köpekontraktet. Nämndens utlåtande: Mäklaren borde ha avstått från att upprätta köpebrev. Genom att ändå göra detta har han brutit mot god mäklarsed. Nämnden beslutade även att överlämna ärendet till SAF:s, numera Fastighetsmäklarförbundets, disciplinnämnd.

¹⁶¹20 §.

således kvarstå även sedan mäklaren erkänts som säljarens uppdragstagare enligt i uppsatsen tidigare fört resonemang.

Räckvidden av god mäklarsed och begreppets innehåll

God mäklarsed bör ses som ett vidare begrepp än de skyldigheter som anges i lag. God mäklarsed kan innefatta både omsorgsplikten i förhållande till uppdragsgivaren och de lagreglerade skyldigheter till förmån för uppdragsgivarens motpart. Detta följer av att det innefattas i god mäklarsed att beakta gällande lag. Men begreppet når längre än så. Det torde å ena sidan visserligen vara tveksamt om mäklaren kan åsidosätta till exempel sin kontrollplikt (som anges i lag), utan att därmed också agera i strid med god mäklarsed. Å andra sidan medför inte det fallet att mäklaren uppfyllt alla de positiva handlingsmönster som explicit anges i lagparagrafer, att mäklaren därmed även levt upp till nivån för god mäklarsed. Av detta resonemang följer att termen god mäklarsed är ett i lagen odefinierat begrepp.

Här skall diskuteras om det är rimligt att ett för mäklaren så centralt begrepp som god mäklarsed inte är definierat i lag. För den oinvigde läsare torde dock en viss orientering om vad som kan anses innefattas i god mäklarsed vara av betydelse. Som angavs inledningsvis i arbetet, är ambitionsnivån inte att uttömmande redovisa begreppets materiella innebörd.

I förarbetena till tidigare mäklarlag¹⁶² anføres att mäklaren, med stöd i god mäklarsed, bör tillgodose båda parternas *berättigade* intressen i ett flertal hänseenden. Antagandet förefaller rimligt om man i dess betydelse lägger att dessa berättigade intressen inte får inkräkta på och negativt påverka mäklarens omsorgsplikt gentemot uppdragsgivaren och de lagbundna skyldigheterna gentemot uppdragsgivarens medkontrahent.

Följande korta redogörelse om begreppet god mäklarsed kan belysa dess innehåll. Om mäklaren får ersättning i någon form från annan än uppdragsgivaren, bör han upplysa om ersättningens storlek samt den grund på vilken den utges.¹⁶³ Vidare bör mäklarens annonsering inte ske anonymt, utan det skall framgå i annons att objektet utbjuds via mäklare.¹⁶⁴ Propositionen anför även att det strider mot god mäklarsed om mäklaren, mer än vid enstaka tillfällen, genomför självinträde.¹⁶⁵

Vidare anføres¹⁶⁶ att det i mäklartjänsten ingår vissa arbetsuppgifter som inte nödvändigtvis behöver utföras av en mäklare. Dessa uppgifter skulle kunna

¹⁶²Prop. 1983/84:16 s. 36.

¹⁶³Jmfr. nedan angående dansk lag.

¹⁶⁴Prop. 1983/84:16 s. 36. Jmfr. även Konsumentverkets författningssamling, KOVFS 1996:4, 3.2.1.

¹⁶⁵Här kan pekas på ett konkret förhållande vad gäller begreppets utveckling. Nu gällande lag, 13 §, upptar ett *förbud* mot självinträde. Jmfr. diskussion ovan.

¹⁶⁶Prop. 1994/95:14 s. 43.

överlämnas till annan personal, som inte besitter den formella mäklarkompetensen. Det anförs dock att det torde vara i strid mot god mäklarsed om mäklaren, i annat än de rent rutinmässiga förhållandena, delegerar arbetsuppgifter till oregistrerad medhjälpare. Som exempel där en delegation bör vara tillåten anförs att medhjälpare utan mäklarkompetens företar visning av objekt, på villkor att det klart framgår utåt att personen ifråga inte är mäklare. Den ansvarige mäklaren måste dock ha det övergripande ansvaret för affären, och således även för de förhållanden som kan relateras till den oregistrerade medhjälparen.¹⁶⁷

Skyldigheten att redovisa spekulanter är mycket central. Det förekommer att mäklare underlåter redovisa en viss spekulant till säljaren, till förmån för en annan spekulant. Denne andre spekulant favoriseras av mäklaren, eftersom det innebär en följdaffär för mäklaren om den favoriserade spekulanten köper fastigheten. Fördelen för mäklaren kan också utgöras av att den favoriserade spekulanten har en *lägre* kontantinsats än den förre spekulanten. Så kan vara fallet om mäklaren erhåller ersättning av kreditinstitut för förmedlade fastighetskrediter. Ju högre kreditbeloppet är, desto större är underlaget för provisionsberäkningen. Agerandet har behandlats i förarbetena¹⁶⁸ och där mött en berättigad hård kritik. Det är säljaren som skall avgöra vem han önskar som medkontrahent. Mäklaren kan sakligt upplysa säljaren om vem eller vilka som han bedömer som realistiska köpare, men avgörandet är säljarens eget.¹⁶⁹

Ovanstående utgör ett urval av omständigheter, som tillsammans med andra, ger begreppet god mäklarsed dess innehåll. Innebär det faktum att god mäklarsed, i motsats till de skyldigheter mäklaren generellt har mot köparen, inte anges i lag att mäklaren i sin yrkesroll möter en omotiverad osäkerhet som medför att rättsosäkerhetsargument med framgång kan hävdas mot förhållandet?

I likhet med den åsikt som framförs i propositionen¹⁷⁰ ligger det en fördel i att begreppet, som hittills, utvecklas i praxis. Motstående ståndpunkt innebär dock att man även på denna åsikt kan anföra liknande skäl, ur ett rättssäkerhetsperspektiv, som anförts ovan angående de i lagen odefinierade sk. affärsmässiga förhållandena. Emellertid anser jag, att om vissa grundläggande regler, rörande bland annat mäklarens förhållande till parterna och vissa mot dessa gällande skyldigheter, anges i mäklarlagen

¹⁶⁷Enligt Konsumentverkets riktlinjer, Konsumentverkets författningssamling, KOVFS 1996:4, 12 skall inte enbart mäklaren, utan även medhjälpare, iaktta de av verket rekommenderade reglerna.

¹⁶⁸Prop. 1994/95:14 s. 45f. under rubrikerna *Skyldighet att redovisa spekulanter* samt *Förmedling av lån*. Min egen erfarenhet från branschen är dock att köpare ofta redan vidtalat egen bankkontakt innan sökning efter boende inleds.

¹⁶⁹En regel med identiskt innehåll framgår av Konsumentverkets författningssamling, KOVFS 1996:4, 11.3 1 st. Se även 11.4 i sammanhanget.

¹⁷⁰Prop. 1994/95:14 s. 40.

framstår det faktum att lagen dessutom bygger på det i lag odefinierade begreppet god mäklarsed som godtagbart.¹⁷¹

Vilka skäl kan anföras för den här framförda ståndpunkten, att begreppet god mäklarsed även fortsättningsvis bör utvecklas i praxis, istället för att klart definieras, och fastställas, i lag? Vilka skäl kan anföras emot denna syn?

Ett rättsteoretiskt synsätt

Rättspositivism kontra rättsrealism

Frågeställningen rör de rättsteoretiska ämnena rättspositivism kontra rättsrealism, och den därtill hörande frågan om gällande rätt. Medan rättspositivisterna menar att rätten uttrycks genom och framgår av lagen, hävdar rättsrealisterna att rätten inte består av absolut fastslagna regler. Den danske juristen Alf Ross¹⁷² kan tjäna som exempel för den senare disciplinen. Han hävdade att gällande rätt var de rättsregler och normer som domare och myndigheter tillämpade vid varje tidpunkt, eller kom att tillämpa i framtida avgöranden och beslut. Pescenik kallar därför Ross teori en prognosteorier eftersom det med denna syn på rätten blir en prognos om hur det rättsliga avgörandet utfaller. Teorin är dock knappast till någon större praktisk nytta för den praktiskt verkande juristen. Den svarar inte på den springande punkten hur en viss fråga lämpligen bör avgöras, eftersom den inte ger juristen ledning i hur han skall argumentera i situationen. Rättspositivisten skulle i denna uppsats framförda delfrågeställning med styrka hävda att god mäklarsed skall framgå av lag, eftersom enligt den positivistiska synen det inte finns plats för några etiska eller andra utomrättsliga regler i gällande rätt.¹⁷³ Visserligen erkänner rättspositivisten att det finns "luckor" i lagen, i den meningen att lagen inte reglerar alla tänkbara fall som kan bli föremål för domstolsavgörande. Detta löser positivisten dock genom att säga att dessa luckor medger domarna att utöva

¹⁷¹Fastighetsmäklarförbundet framför i remissyttrande 1992-12-14 kritik mot att god mäklarsed inte definieras i lag. Sveriges Advokatsamfund intar en diametralt motsatt ståndpunkt och tycks mena att den civilrättsliga regleringen i nuvarande mäklarlag till stora delar kan utgå till förmån för en närmare utveckling av begreppet i praxis. Se Sveriges Advokatsamfunds remissyttrande 1992-12-14, akt 687/1992, s. 3.

¹⁷²För mycket kort översiktlig introduktion till Ross teori, se Aleksander Peczenik, a.a. s.

18.

¹⁷³Se till exempel Aleksander Peczenik, a.a. s. 19 angående Hans Kelsens rättspositivistiska avsatsteori. Kelsens teori säger att en rättsregel är gällande om den skapats i enlighet med normer högre upp i den rättsliga normhierarkin. Eftersom giltigheten av moraliska principer och etiska överväganden inte stammar ur högre normer, blir konsekvensen att gällande rätt, enligt Kelsen, inte består av vare sig principer eller etik. Jag är kritisk till en sådan definition vad gäller gällande rätt.

sitt fria skön, att således uppträda som lagstiftare. Med denna syn består rättssystemet av lagar, förordningar, lokala stadgor och domstolspraxis. Rättsrealisten skulle lika enträget bemöta positivisten med argumentet att rätten inte enbart följer av lagbok och praxis.

Gemensamt för de här nämnda teorierna, och andra teorier som berört frågeställningen om gällande rätt, är att de inte definitionsmässigt uppvisar någon absolut samstämmighet inom sina respektive begreppsklasser. Tvärtom uppvisar olika teorier, som kan anses falla in under till exempel begreppet rättspositivism, olika skillnader vilket gör att de kan placeras in *någonstans* på en flytande definitionsskala. Detta innebär att det finns rättspositivistiska teorier som i viss mån kan sägas närma sig det rättsrealistiska synsättet att rätten består av mer än lagregler och prejudikat.¹⁷⁴ I konsekvens med det sagda finns det rättsrealistiska läror som intar olika ståndpunkter till de rättspositivistiska teorierna.

Sedan 1960-talet har en tongivande teori, i denna del, varit inflytelserik. Denna teori, som utgår från Ronald Dworkin,¹⁷⁵ innebär att rätten även består av oskrivna principer och inte enbart något som rent objektivt kan utläsas i lag. Denna syn på rätten erkänner att en väsentlig del av rätten inte finns i skrivna lagar och förordningar, stadgor och praxis. Dessa oskrivna principer nyttjas av domarna i de av dem nådda avgörandena. Men det är viktigt notera att dessa principer inte vidgar domarnas fria skön,¹⁷⁶ utan *minskar* det spelrum domarna äger agera inom till följd av de luckor som medvetet eller omedvetet existerar i rättssystemet. De oskrivna principerna eliminerar luckorna i lagen. Dessa principer är därför konkreta hjälpmedel för domaren.¹⁷⁷ Grunderna för dessa oskrivna principer är rättsligt moraliska principer och individuella rättigheter.¹⁷⁸ Dessa begrepp kan i sin tur hänföras till moralen. Med detta synsätt finns det ett nära samband mellan rätt och moral. Ett korrekt rättsavgörande innebär att det kan ses, och accepteras, som ett god moralisk lösning på den för avgörandet aktuella tvistefrågan.

Enligt Dworkin har domstolen en skyldighet att genomdriva dessa principer i rättsavgöranden och dessutom att skydda individuella rättigheter, eftersom de grundas på redan existerande rättigheter.¹⁷⁹ För att återknyta till ämnet för uppsatsen kan det hävdas att de regler som bildar begreppet god mäklarseds materiella innehåll just är sådana oskrivna principer som Dworkin menar är en nödvändig beståndsdel av gällande rätt. Att sedan dessa etiska regler nedtecknas av branschföreningar och andra institutioner förtar inte principernas karaktär av att vara oskrivna. De grundas inte på någon

¹⁷⁴Peczenik, Aleksander, a.a. s. 21.

¹⁷⁵För kort introduktion till Dworkins teori, se Simmonds, Nigel E. Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter. 1:4 uppl. (i Lars Lindahls översättning), s. 103 ff.

¹⁷⁶Se strax ovan angående den rättspositivistiska synen på luckor i lagen.

¹⁷⁷Domaren är *skyldig* fälla ett avgörande i den sak som fallit på hans bord. Jmfr. förbud mot "déli de justice".

¹⁷⁸Se Simmonds, Nigel E. a.a. s. 106 f angående Dworkins syn på "hard case".

¹⁷⁹Peczenik, Aleksander, a.a. s. 92.

offentlighetsrättslig normgivning¹⁸⁰ utan på moralen, och därmed är det klarlagt att rätt och moral (principer) tillsammans bildar den gällande rättsordningen. Med denna utgångspunkt kan konstateras att ett odefinierat begrepp i lag inte skall ses som icke tillämpligt då i vissa konkreta frågor avgöranden skall fällas eller beslutas. Kravet är att begreppet grundas på moraliska värden och att det tillgodoser individens (säljarens eller köparens) rättigheter.

Emellertid är det av värde minnas att alla rättsteorier har svagheter och kan kritiseras. Gemensamt för alla teorier kan sägas vara, att deras huvudteser oftast är väl underbyggda och kan accepteras som rimliga med beaktande av den tidsålder och kultur som fött dem. Styrkan i ett resonemang gör emellertid inte teorin immun mot kritik. Pescenik tycks instämma i Dworkins teori om gällande rätt men där Dworkin sätter gränsen för gällande rätt vill Pescenik fortsätta. Den konkreta slutpunkten i resonemanget vill Pescenik sätta bortanför Dworkins gräns. Moral och individuella rättigheter utgår inte från domarna utan från individen själv. På grund av detta innehåller även gällande rätt andra aspekter än principer. Dessa personliga preferenser¹⁸¹ är mer diffusa än principer, men de finns och är i högsta grad relevanta i konkreta avgöranden.

Om det förda resonemanget appliceras på frågeställningen om god mäklarsed, ur ett säljar/köparperspektiv, när man fram till det antagandet att trots att begreppet är odefinierat i lag, detta inte innebär något negativt för parterna. Dessa äger nämligen rätt kräva att mäklaren, i sin yrkesverksamhet, lever upp till en viss godtagbar nivå vad gäller handlingsmönster av betydelse för affären. Detta oavsett om handlingsmönstret följer av lagtexten eller inte. För att begreppsmässigt återknyta till Dworkins teori kan sägas att denna säljar/köparrätt grundas på moraliska principer och det faktum att parterna har individuella rättigheter som rättsordningen skall skydda.

Legitimitet

Nästa frågeställning i denna del rör om en regel eller handlingsnorm¹⁸² som inte är legaldefinierad kan upplevas som legitim av den eller de som träffas av dess verkningar. Legitimitetsaspekten har här getts den betydelse som Pescenik¹⁸³ framför, nämligen att rätten är legitim om normerna,¹⁸⁴

¹⁸⁰Ett avgörande i domstol är inte ett normgivande i här avsedd mening, till skillnad från rättspositivistiskt synsätt.

¹⁸¹Peczenik, Aleksander, a.a. s. 93.

¹⁸²Det vill säga det för detta arbete relevanta begreppet god mäklarsed. Jmfr. god advokatsed (8 kap. 4 § 1 st. rättegångsbalken), god marknadsföringssed (4 § marknadsföringslagen), god försäkringsmäklarsed (13 § lagen om försäkringsmäklare), god kreditgivningssed (5 § konsumentkreditlagen), god redovisningssed (2 § 1 st. bokföringslagen) etc.

¹⁸³Peczenik, Aleksander, a.a. s. 11.

institutionerna,¹⁸⁵ och fattade beslut godtas av medborgarna. Betydelsen av begreppet medborgare kan här definieras som det kollektiv av adressater vars handlingsmönster är beroende av normernas materiella innebörd.

Ett grundläggande krav för en rättsstat är att det rättsliga skyddet gäller både mot enskilda och det offentliga. Rätten får inte vara godtycklig och oförutsägbart. Det måste således föreligga en rättslig ram av viss fasthet. Pescenik hävdar att rättssäkerheten främjas av vissa generellt godtagbara förhållanden, bland annat;¹⁸⁶

- att rättsreglerna är så exakta som möjligt
- att rättsreglerna är underkastade en långsam förändringsprocess¹⁸⁷
- att statliga beslut, så långt som möjligt, bestäms utifrån dessa regler
- att allmänheten har fri insyn i reglernas innehåll och dess tillämpning
- att rättsreglernas tolkning och tillämpning stöds på kvalitativt god juridisk argumentation.

Pescenik kallar detta den *formella* rättssäkerheten, och lägger däri den betydelsen att någon hänsyn till etisk godtagbarhet inte tagits.¹⁸⁸ Då den formella rättssäkerheten tillförs etiska värden¹⁸⁹ uppstår enligt samma resonemang *materiell* rättssäkerhet. Det är detta begrepp som domstols avgöranden och andra myndighetsbeslut skall grundas på. Vidare innebär det faktum att avgöranden och beslut grundas på etiska värden att myndighetsutövningen kan reagera snabbare på samhällsförändringar än vad som är fallet för den långsamma lagstiftningsprocessen. En regel som kan modifieras eller utfyllas, och därmed fylla ett reellt syfte i den verklighet den är satt att råda över, resulterar förmodligen i bättre och rimligare rättsavgöranden.

För att en regel eller ett handlingsmönster skall vara effektivt¹⁹⁰ måste det upplevas som rättvist av en majoritet av adressaterna. En alltför stelbent regelexercis missar sitt mål, i synnerhet om regeln inte speglar verkligheten. Värderingar och moral skall jämte reglernas materiella innehåll bygga upp den juridiska argumentationen. Av detta följer att om myndighetsutövningen är lyhörd, och tar värdering- och moralhänsyn, uppnås ett effektivt rättssystem. Detta gäller i synnerhet om de nyttjade värderings- och moralhänsynen har starkt stöd hos det kollektiv som träffas av avgörandena.

¹⁸⁴Lagar, regler, handlingsmönster.

¹⁸⁵Myndigheter, domstolar.

¹⁸⁶Peczenik, Aleksander, a.a. s. 11.

¹⁸⁷En annan aspekt är att en rättsregel, för att fylla sitt syfte, skall förändras (dock inte styras) i linje med den gällande tidsandan. En regels materiella innehåll som inte längre delas av medborgarna, utan att därför vara obsolet, kan knappast upplevas som legitimt. Härav följer att en långsam förändringsprocess kan resultera i regler som ej efterlevs av ett för regeln relevant kollektiv.

¹⁸⁸Peczenik, Aleksander, a.a. s. 12.

¹⁸⁹Dessa kan bestå av moral, individuella rättigheter och personliga preferenser.

¹⁹⁰I betydelsen "efterföljas". Begreppet närmast efter Aleksander Peczenik, a.a. s. 26.

Det torde därför vara nödvändigt, för att resonemanget inte skall missa sitt mål, att poängtera vikten av att dessa moment av rätten skall utformas i nära diskussion med bland annat den grupp de är satta att bestämma över. Detta innebär inte att adressaterna skall forma momenten men däremot att de skall känna sig delaktiga i och förstå dess utformning och materiella innehåll.

Under förutsättning att begreppet god mäklarsed diskuteras och utvecklas i nära anslutning till kompetenta och initierade organ, för att därigenom nå en godtagbar nivå av legitimitet, anser jag att begreppet även fortsättningsvis bör utvecklas genom riktlinjearbete och praxis. Men än en gång poängteras att klimatet i dialogen är avgörande för hur begreppet kommer att uppfattas.

Det finns dessutom mer konkreta fördelar med att begreppets materiella innebörd utvecklas i praxis. Under beaktande av de antaganden som framförts i diskussionen ovan, uppvisar begreppet en flexibilitet som inte är fallet med en motsvarande lagreglering. Begreppet blir därmed mer lyhört och anpassningsbart till nya förhållanden på fastighetsmarknaden. Detta kan vara av värde till exempel vid introducerande av nya finansieringsprodukter vid fastighetsköp. Förutsättning är dock, som angivits ovan, att utvecklingen av begreppet sker i nära samarbete med mäklarnas branschorganisationer och andra relevanta och initierade grupper på marknaden för att därigenom ge begreppet en väl avvägd och ändamålsenlig innebörd anpassad efter att praktiskt fungera på marknaden.

Konsekvenser för mäklarkåren

I proposition¹⁹¹ och mäklarlag framhärdas att mäklaren i allt skall iaktta god mäklarsed. Detta anses innebära att mäklaren inte i något fall får frångå vad som följer av god mäklarsed för att tillvarata sin uppdragsgivares intresse. Dessutom sägs att god mäklarsed innebär i detta avseende att mäklaren skall informera båda parter om mäklarsedens innebörd. Konsekvensen av detta torde sannolikt bli att uppdragsgivaren (om han är säljare) återtar sitt försäljningsuppdrag, eftersom han förmodligen har svårt att acceptera varför han skall betala provision till mäklaren för att denne skall agera opartiskt, dvs. på ett sätt som innebär att köparen, på säljarens bekostnad, får nytta av detta. Om den i propositionen, och numera i lagen, förfäktade synen på mäklare blev allmänt känd är det sannolikt att mäklarkåren skulle gå miste om ett betydande antal affärer. Vinnarna skulle vara yrkesgrupper som till exempel jurister, revisorer och andra, som i egenskap av ombud, påtog sig uppdrag att sälja uppdragsgivarens fastighet.

¹⁹¹Prop. 1994/95:14 s. 42.

Förlorarna skulle bli köparna (konsumenterna) eftersom den nuvarande mäklarlagen inte är tillämplig i denna situation. Detta gäller på grund av att ombudet i fråga inte agerar yrkesmässigt som förmedlare, eftersom mäklarlagen enbart träffar de yrkesmässigt bedrivna verksamheterna.¹⁹² Det sagda torde gälla även för de fall ombudet i viss omfattning agerar yrkesmässigt utan att verksamheten når upp till en viss (odefinierad) nivå.¹⁹³ Detta medför att om en säljare (eller köpare), med nu gällande regler, önskar vidtala ett ombud för att detta skall agera lojalt gentemot uppdragsgivaren och tillvarata dennes intresse, bör uppdragsgivaren tillse att välja ett ombud som *inte* agerar yrkesmässigt som förmedlare. Detta innebär att uppdragsgivaren, av lagen, tvingas välja ett ombud som inte har någon eller endast ringa praktisk erfarenhet av förmedlingsverksamhet.¹⁹⁴ En köpare kan, i en situation då fastighetsaffären utvecklats i oönskad riktning, komma att bli obehagligt överraskad då han finner att de i mäklarlagen till synes attraktiva och för köparen nu åberopade reglerna om skadeståndsansvar inte är tillämpliga, eftersom säljarens ombud inte agerade mäklare.¹⁹⁵

Som en konsekvens av detta är det inte långsökt anta, att det föreligger en risk för att ombudet, på grund av otillräcklig insikt rörande de förhållanden som råder på fastighetsmarknaden, agerar till nackdel för sin uppdragsgivare. Visserligen kan ombudet i sin tur kontakta en mäklare,

¹⁹²1 §. Notera ombudsförbudet i 15 §. Ombudsförbudet torde innebära i denna del att en *mäklare*, som agerar ombud, anses agera i strid mot lagens intentioner. Med stöd av 20 § kan i dessa fall skadeståndsansvar inträda för mäklaren.

¹⁹³I detta sammanhang skall påtalas att om advokat agerar mäklare i sådan omfattning att yrkesmässighetsrekvisitet i mäklarlagen är uppfyllt, medför detta att lagen, således även den civilrättsliga regleringen, är tillämplig på advokatens agerande. Eftersom en advokat (läs: mäklare) enligt nu gällande mäklarlag skall agera opartiskt kolliderar lagen med ett annat regelkomplex som advokaten enligt 8 kap. 4 § 1 st. rättegångsbalken skall följa, nämligen god advokatsed. Prop. 1994/95:14 s. 42. Enligt de vägledande regler om god advokatsed som Sveriges advokatsamfund utfärdat anges i 1 § att det är en advokats *främsta plikt* efter bästa förmåga, inom lagens rāmärken, tillvarata klientens intressen. Vidare anges i 18 § att advokat är skyldig att gentemot klienten iaktta trohet och lojalitet. Vad gäller advokatens förhållande gentemot sin klients motpart anges, 42 §, att advokaten skall påtala att det inte ingår i hans uppdrag tillvarata motpartens intresse. Advokaten skall även rekommendera motparten anlita eller rådfråga annan advokat. De vägledande reglerna om god advokatsed finns i fulltext i den årligen av samfundet utgivna matrikeln "Förteckning över advokater och advokatbyråer".

¹⁹⁴Jag tycker man gör det lätt för sig i förarbetena då man helt krasst finner att uppdragsgivaren kan ge uppdraget till "...någon fastighetsexpert som inte är mäklare", prop. 1994/95:14 s. 49. Det sagda tyder på att man ser mäklaryrket som något banalt, ett enkelt handhavande som snart sagt vem som helst med yrkeserfarenhet från fastighetsbranschen kan utföra. Detta är helt fel! Mäklarrollen spänner i själva verket över ett vitt spektrum av yrkesrelaterade erfarenheter. Mäklaren bör vara en allt-i-allo med kunskap om, bland annat, juridik, marknadsföring, psykologi (!), ortskänedom, insikt i finansieringsfrågor, kunskap i byggnadsteknik och dessutom, till råga på allt, ha en social läggning! Jag skulle vilja hävda att det är lika förkastligt att låta en kreditgivare, byggnadstekniker eller jurist, utan kunskap om praktisk mäklarverksamhet, agera ombud som det är att placera en mäklare i respektive roller. Varje yrke kräver sin man eller kvinna.

¹⁹⁵Efter kontakt med två, i Göteborg, verksamma advokater finns belägg för att förhållandet i högsta grad är aktuellt. Advokaterna upplyste om att de, av och till i viss omfattning, fungerar som ombud för fastighetssäljare då dessa önskar sälja.

vilket framförs i propositionen,¹⁹⁶ men detta medför en merkostnad för uppdragsgivaren, åtminstone om denne är säljare. I propositionen anförs att denna kostnad torde vara begränsad. Begränsad eller ej, så är kostnaden i detta fall en konsekvens av mäklarregleringen som helhet. Den innebär enligt mitt synsätt ett omotiverat mellanled med fördyring som följd. Generellt anser jag, att det skulle innebära en betydande fördel, ekonomiskt såväl som i andra fall, för den oiniterade boendekonsumenten om alla typer av fastighetsöverlåtelser föll in under en och samma lag.

Hur man än vänder och vrider på begreppet opartisk mellanman så visar det sig till syvende og sidst att det inte fungerar i den verklighet det är satt att råda över. Begreppet opartisk mellanman är ingen truism (dvs. självklart påstående) som regeringen tycks vilja hävda. Detta visas av de många kritiska remissinstanserna och en närmare analys av hur lagen kan komma att fungera i praktiken.

Mäklarens roll ses idag i nära samband med de ovan diskuterade begreppen. För att nå en klarare och mer praktiskt lämpad reglering vad gäller mäklarens yrkesroll är det emellertid av värde att som här påvisats i större grad särskilja de olika begreppen. Synen på mäklaren som opartisk mellanman bör utmönstras ur lagen. Denna bör istället bygga på de klara rollfördelningar som påvisats ovan samt kompletteras av det övergripande begreppet god mäklarsed.

Köparens rådgivare

Har nu så diskussionen i detta arbete utmynnat i en klar och ändamålsenlig reglering av fastighetsmäklarens yrkesroll och i vilket förhållande denne står till parterna? Den bild som skissats ovan ger vid handen att mäklaren skall agera så att säljarens intresse tillvaratas, även om detta står i motsats till köparens intresse. Emellertid skall mäklaren till förmån för köparen leva upp till ett antal i lag angivna regler, som kan ses som en motpol till omsorgsplikten i den betydelse begreppet har i detta arbete. Vidare skall mäklaren agera enligt god mäklarsed. Detta begrepp får, i likhet med begreppen god advokatsed etc., utvecklas i praxis. Att begreppet god mäklarsed inte definieras i lag är således inget uppseendeväckande. Detta förhållande gäller ju som visats för flera liknande av de idag använda begreppen inom rättssystemet. Det torde inte vinna framgång att påstå att mäklaren lever farligare då han inte helt kan definiera den handlingsnorm han skall agera efter, än vad en banktjänsteman gör i dennes kreditgivningsverksamhet. Även för god kreditgivningssed saknas som bekant en legaldefinition, till förmån för närmare utveckling av begreppet i praxis och genom Finansinspektionens riktlinjearbete.

¹⁹⁶Prop. 1994/95:14 s. 49.

Men det saknas en omständighet för att anse regleringen som klar och ändamålsenlig. Trots att mäklaren skall agera efter vissa i lag angivna regler och att han i sin yrkesroll skall agera enligt god mäklarsed, är han enligt här framfört lösningsförslag säljarens uppdragstagare. Det är inte rimligt att endast den ena parten i ett affärsförhållande äger vara företrädd av ombud. I den grupp av lagregler som syftar till att verka som skydd för köparen, bör de lege ferenda intas en regel om att mäklaren skall vara skyldig informera om att köparen kan och bör utse ett eget ombud. Beslutet att utse eget ombud skall grundas på ett självständigt val av köparen. Brister mäklaren i denna sin skyldighet informera köparen om att han äger kontakta eget ombud bör detta medföra att mäklaren blir föremål för lämplig påföljd. Denna påföljd skall inte inskränkas enbart till utgivande av skadestånd, utan även återkallande av registrering bör komma ifråga vid mer flagranta eller upprepade överträdelser.¹⁹⁷

Kostnadsaspekten, dvs. ersättningen till köparombudet, bör i detta lösningsförslag inte innebära något oöverstigligt hinder. Även i dag innebär förvärv av boende kostnader för en köpare. Dessa kostnader kan till exempel vara besiktning av objektet företagen av oberoende besiktningsman, undersökning av vattens tjänlighet samt uttagande av stämpelskatt vid lagfartsansökan, som under årens lopp stadigt stigit och nu är en högst betydande kostnad i sammanhanget.¹⁹⁸

Köparombudets ersättning torde under inga omständigheter nå upp till liknande nivåer som mäklarprovisionen idag ligger på. Man skall här minnas att mäklaren inte enbart upprättar ett avtal för underskrift. I mäklartjänsten ingår också en stort antal andra delmoment. Som exempel på dessa kan nämnas objektsökning, intag av fastighet till försäljning, kontroll av relevanta omständigheter rörande objektet av betydelse för försäljningen, kontroll av krediter, visning av objekt och förhandlingar med presumtiva köpare. Dessutom skall mäklarprovisionen, i likhet med all annan affärsverksamhet, täcka även de objektintag som inte leder till affär samt svårsålda objekt.¹⁹⁹ Det ombud som köparen anlitar bör kunna fylla sin roll genom att vara behjälplig med att kontrollera vissa moment i en fastighetsaffär.²⁰⁰ Ett sådant moment kan till exempel vara att kontrollera att

¹⁹⁷ Avregistrering kan synas vara en alltför ingripande påföljd. Emellertid är den här framförda upplysningsskyldigheten av en mycket central natur, och ett nonchalerande eller förbiseende å mäklarens sida kan få mycket allvarliga konsekvenser för en part, i synnerhet om denne är konsument. Därför bör avregistrering ingå i påföljds katalogen för överträdelse av denna skyldighet.

¹⁹⁸ Obligationsrättsligt ansvarar köparen för att stämpelskatten erläggs vid lagfartsansökan. Båda parter är dock solidariskt ansvariga för stämpelskatten i förhållande till staten, 27 § 1 st. lag (1984:404) om stämpelskatt vid inskrivningsmyndigheter.

¹⁹⁹ SOU 1981:102 s. 127ff.

²⁰⁰ Ett sätt för köparen att minimera kostnaden för egen företrädare, skulle kunna utgöras av att branschen enades om ett branschgemensamt kontrakt (standardavtal), där konsumentsynpunkter iakttagits vid avfattandet. Detta standardavtal skulle användas i

avtalet är upprättat på ett balanserat och godtagbart sätt. Han bör också vara insatt i kreditmarknaden för att med denna kunskap som grund avgöra om den av mäklaren upprättade boendekostnads kalkylen är korrekt, innefattande att den är upprättad med marginal.²⁰¹ Detta kan upplevas som en trygghet för köparen, även om det, som är fallet idag, bör följa av mäklarlagen att av mäklaren uppsåtligt, eller av slarv, felaktigt upprättade handlingar träffas av mäklarlagens sanktionssystem.

För att en i framtiden förändrad, och förbättrad, mäklarlag även skall vara tillämplig på ett köparombuds verksamhet, bör denna lag inte enbart träffa förmedlingsverksamhet. Lagen bör även vara tillämplig vid rådgivningsverksamhet. Köparombudets verksamhet täcks ju inte av begreppet förmedling.

Fastighetsmäklarnämndens nuvarande praxis

En nyhet i nuvarande mäklarlag innebär att Fastighetsmäklarnämnden, FMN, utövar tillsyn över mäklare.²⁰² Nämnden skall tillse att mäklaren i sin verksamhet iakttar lagens skyldigheter. FMN kan återkalla mäklarens registrering, om han inte iakttar dessa skyldigheter.²⁰³ Även varning eller påföljdseftergift kan meddelas. Sedan nämnden inrättades 1995 har den avgett beslut, vilka enligt lagen kan överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.²⁰⁴ Nedan citeras ett urval av dessa beslut.²⁰⁵

Syftet med att presentera besluten är att påvisa konkreta exempel på nyligen avgjorda ärenden. Det faktum att jag inte funnit något rättsfall som *uteslutande* behandlar mäklarens opartiskhet, dvs. den första frågeställningen i detta arbete, beror troligen på uttalanden i förarbetena²⁰⁶ som anger att mäklarens roll i förhållande till parterna bör bedömmas i ljuset av god mäklarsed. I ett fall, avgjort genom beslut av FMN, ingår dock frågan som ett delmoment.²⁰⁷ FMNs korta referat lyder:

samtliga fall där privatpersoner (konsumenter) är parter. Därmed kunde köparföreträdarens roll i stort inskränkas till att koncentreras på de i avtalet intagna individuella villkoren.

²⁰¹ Prop. 1983/84:16 s. 41.

²⁰² 7 §.

²⁰³ 8 §.

²⁰⁴ 9 §.

²⁰⁵ Av de beslut jag tagit del av förefaller nämndens beslut, vad gäller återkallande av registrering, till en viss högre andel än övriga påföljder mildras av länsrätt. I länsrättsmålen Ö 1905-97, 1997-09-24 och Ö 3124-97, 1997-03-05, som båda rörde restförda skulder till betydande belopp, avslogs dock mäklarnas överklaganden. Påföljderna om återkallande av registrering stod således fast i dessa fall.

²⁰⁶ Prop. 1983/84:16 s. 13 och prop. 1994/95:14 s 41.

²⁰⁷ Dnr. 20-959-95 m.fl., 1996-11-13.

- "Mäklaren hade på ett flertal punkter brutit mot god fastighetsmäklarsed. Mäklaren hade inte upplyst köparna om dennes [sic] undersökningsplikt utan forcerade fram ett köp. Mäklaren uppträdde, trots uttryckligt förbud i lagen, som ombud för säljaren och tog emot handpenning utan att ha fått något uppdrag från säljaren.²⁰⁸ Uppgifterna i köpekontraktet var motsägelsefulla, bl. a. framgick inte att vissa byggnader var uppförda på ofri grund. Mäklaren upprättade inte heller någon boendekostnadskalkyl och upplyste inte heller säljaren om vikten av att begära handpenning. FMN återkallade mäklarens registrering."

Angående mäklarens underlåtenhet att presentera en boendekostnadskalkyl anförde Nämnden:²⁰⁹

- "Mäklaren hade inte, innan köpekontraktet undertecknades, tillhandahållit köparna någon boendekostnadskalkyl. FMN varnade mäklaren med motivering att det hade ankommit på mäklaren att utifrån ett underlag som köparna presenterat göra en realistisk bedömning av deras möjligheter att få erforderliga lån och att avsaknaden av en i tid gjord kalkyl hade bidragit till att köparna undertecknat köpekontraktet utan att ha möjlighet att genomföra köpet."

Angående felaktig uppgift i objektsbeskrivningen anförde Nämnden:²¹⁰

- "Mäklaren hade i en objektsbeskrivning avseende en bostadsrättslägenhet felaktigt angett att det fanns parkering genom föreningen till en kostnad av ca 100 kr per månad. FMN varnade mäklaren med följande motivering. Enligt nämndens mening borde det vara uppenbart för en mäklare som förmedlar bostadsrättslägenheter i tätort att tillgången till en parkeringsplats kan vara en avgörande faktor för köparen. Därför borde mäklaren inte ha lämnat information om parkeringsplats utan närmare kontroll av de aktuella förhållandena. Genom att göra detta åsidosatte mäklaren sin omsorgsplikt mot köparen."

Angående mäklarens omsorgsplikt²¹¹ anförde Nämnden:²¹²

- "Mäklaren hade inte vidarebefordrat till säljaren att det fanns en spekulant som var villig att betala en högre köpeskilling än den som huset såldes för. FMN varnade mäklaren med motivering att det i princip åligger mäklaren att upplysa om vilka spekulanter som vill köpa en fastighet samt vad de är beredda att betala och på vilka villkor. Länsrätten avslog mäklarens överklagande."

²⁰⁸Här torde väl handpenningsuppdrag avses, min anm.

²⁰⁹Dnr 20-561-95, 1996-11-13.

²¹⁰Dnr 20-3442-96, 1997-06-03.

²¹¹I den betydelse begreppet har i nu gällande lag.

²¹²Dnr. 20-1047-95, 1996-08-28, samt Dnr 20-284-95, 1996-11-13.

- "Mäklaren uppgav för en spekulant - som förklarat för mäklaren sitt intresse av att köpa en fastighet - att en annan person bestämt sig för fastigheten. Mäklaren bibringade därmed spekulanten den felaktiga uppfattningen att hon inte kunde få köpa fastigheten och mäklaren måste ha insett att spekulanten uppfattade saken så. Mäklaren vidarebefordrade inte heller spekulantens intresse för fastigheten till säljaren. Någon kontakt mellan spekulanten och säljaren kom därför inte att etableras. FMN varnade mäklaren med motivering att kärnan i en mäklares uppdrag ligger i att han eller hon skall sammanföra parter som har intresse av att sluta avtal med varandra men att mäklaren brustit i sitt ansvar som mäklare."

Angående mäklares skyldigheter vid upprättande av köpekontrakt och andra handlingar anförde Nämnden:²¹³

- "En mäklare hade underlåtit att föreslå att ett fastighetsköp villkorades av att köparna beviljades lån. Mäklaren anförde att köparen hela tiden hade försäkrat henne att finansieringen inte var något problem. Mäklaren var även av den uppfattningen att säljaren inte skulle ha accepterat ett återgångsvillkor. FMN varnade mäklaren med motivering att vad mäklaren anfört inte befriade henne från skyldigheten att upplysa köparen om konsekvenserna av att köpeskillingen inte kunde betalas och råda köparen till hur hon borde handla i detta avseende."

- "En mäklare hade använt sig av ett köpekontrakt med ett förtryckt villkor, att "skulle köparen inte fullfölja sina åligganden enligt detta kontrakt, äger säljaren häva köpet och erhålla samt behålla den överenskomna handpenningen som skadestånd". FMN varnade mäklaren med följande motivering. Marknadsdomstolen har i ett mål (MD 1984:20) bedömt bruket av ett liknande villkor som oskäligt, främst av det skälet att den erlagda handpenningen förverkas oavsett storleken på denna. Enligt nämndens mening kan det inte anses förenligt med god fastighetsmäklarsed att använda sig av ett sådant villkor i ett förtryckt kontrakt."

- "Mäklaren hade medverkat till att upprätta ett köpebrev vari angavs att köpeskillingen blivit till fullo betald utan att så var fallet. Följden blev att säljarna fick flera betalningsavier eftersom köparen inte övertagit lånen på fastigheten. Köparen rev dessutom byggnaden. Mäklaren invände bl. a. att fastigheten, som var pantsatt för fordringen, i sig ändå var solvent, varför säljarna inte löpte risken att få stå kvar som betalningsansvariga om köparen kom på obestånd. FMN varnade mäklaren med motivering att, om inte annat överenskommits, åligger det mäklaren att hjälpa köpare och säljare att upprätta de handlingar som behövs för överlåtelsen."

- "Mäklaren lämnade över uppgifter till en oregistrerad medhjälpare och lät medhjälparen utföra uppgifter hänförliga till förmedlingsuppdraget."

²¹³Dnr 20-480-95, 1997-04-28, Dnr 20-332-97, 1997-05-14, Dnr 20-997-96, 1997-01-15, Dnr 20-675-96, 1996-10-16 samt Dnr 4-999-97, 1997-06-25.

Mäklaren kontrollerade inte hur uppgifterna utfördes. Det var fråga om åtgärder från medhjälparen som var klandervärda och var till men för säljaren. FMN varnade mäklaren med följande motivering. Ett mäklaruppdrag är ett personligt uppdrag som förutsätter att det finns ett avtal och att det av detta framgår bl. a. att säljaren godtar mäklaren för förmedlingsuppdraget. Det är inte möjligt att "ta över" ett uppdrag från en annan mäklare utan att vara överens med säljaren om detta. Den som åtagit sig ett uppdrag att vara mäklare har ett ansvar för att uppdraget också blir fullgjort. Den omständigheten att en mäklare låter en annan person utföra vissa uppgifter innebär inte någon begränsning av mäklarens ansvar för uppdragets utförande. Mäklaren har härigenom brustit i sin omsorgsplikt mot säljaren."

- "En mäklare hade enligt anmälarna försökt förmedla deras lägenhet utan att ha [sic] fått i uppdrag att göra det och begärde även ersättning av dem. FMN varnade mäklaren med följande motivering. Ett uppdragsavtal skall enligt 11 § fastighetsmäklarlagen upprättas skriftligt. Mäklaren har begärt ersättning utan att det förelegat ett sådant avtal. Härigenom har han åsidosatt god fastighetsmäklarsed. Han har vidare i ett brev till anmälarna gjort för dem kränkande uttalanden som inte är förenliga med det beteende som förväntas av en mäklare."

Angående ett fall av självinträde, anförde Nämnden:²¹⁴

- "Mäklaren hade förmedlat en fastighet till ett bolag där mäklarens f.d. make var ensam styrelseledamot och tog också betalt för det arbete hon utfört. Hon hade även medverkat till att köpebrev upprättades utan att köparen övertog betalningsansvaret för lånet och därmed betalat köpeskillingen. FMN varnade mäklaren med följande motivering. Mäklaren borde i god tid ha kontrollerat att kreditgivaren medgav att lånet övertogs av bolaget. Vid tveksamhet borde hon ha rått parterna att i köpekontraktet göra ett förbehåll på den punkten. – Enligt nämndens mening måste bolaget anses vara sådan närstående till mäklaren att hon inte hade rätt till ersättning för förmedlingsuppdraget. Genom att ändå ta betalt för arbetet har hon handlat i strid med 17 § i 1984 års lag.²¹⁵ Det är vidare särskilt anmärkningsvärt att hon medverkat till att köpebrev upprättades utan att köpeskillingen, som förutsatts, erlagts genom att köparen övertog betalningsansvaret för lånet. Hon borde i god tid ha kontrollerat att kreditgivaren medgav att lånet övertogs av bolaget. Vid tveksamhet borde hon ha rått parterna att i köpekontraktet göra ett förbehåll på den punkten. Mäklaren har brustit i sin omsorgsplikt."

²¹⁴Dnr 20-943-96, 1996-10-28.

²¹⁵Min anm.: Enligt nuvarande mäklarlag, 13 §, är självinträde förbjudet.

Uppsatsens tredje komparativa del

Dansk mäklarlag

Är den, i detta arbete, skisserade bilden av mäklarrollen realistisk? Kan denna typ av reglering fungera i mäklarens verklighet? Kan den vara ett realistiskt alternativ till den nu gällande synen på mäklaren, utan att därmed innebära att parternas intressen inte tillgodoses i rimlig omfattning? Det är intressant att notera att det i Danmark sedan 1 januari 1994 gäller en mäklarlag som i här diskuterade delar uppvisar påtagliga drag av samstämmighet med det förslag som framförs i detta arbete.²¹⁶ Den nu gällande danska mäklarlagen intar en mycket pragmatisk hållning till de här diskuterade frågorna. Lagen förefaller vara avfattad med utgångspunkt i verkligheten och vinner därmed en förnufts seger över motsvarande svensk lag.

Den danska regleringen före 1 januari 1994

Den danska regleringen av mäklarverksamhet bestod tidigare av vissa regler i *næringsloven* och *ejendomsræglervoven*.²¹⁷ Vidare kompletterades dessa av tillkännagivanden, *bekendtgørelse af lov om ejendomsræglere*²¹⁸ samt *bekendtgørelse om ejendomsrægleres og ejendomsræglernes virksomhed*²¹⁹ Dessutom föll mäklarverksamheten under de generella förvärvsreglerande och konsumentskyddande lagarnas tillämpningsområde. Dessa lagar utgjordes till exempel av *konkurrenceloven*, *markedsføringsloven* samt även *aftaleloven*.

Synpunkter om att behov av speciallagstiftning förelåg framfördes i delbetänkande.²²⁰ De argument som angavs var bland andra att det ansågs

²¹⁶Danska mäklarlagen, lov 1993-06-30 nr 453 om omsætning af fast ejendom, § 36. Då hänvisningar nedan görs till dansk lag följs även i detta arbete den danska traditionen att sätta paragraftecknet före paragrafens sifferbeteckning. Den danska mäklarlagen är indelad i kapitel, 1-7. Eftersom paragrafföljden dock anges i nummerföljd, §§ 1 - 38, genomgående i lagen, kommer kapitelnumreringen inte att anges i det följande. Den danska styckeförkortningen, stk, kommer att användas, istället för den för oss mer bekanta förkortningen, st. Likaså används inte den svenska förkortningen för punkt, utan den danska, pkt.

²¹⁷Delbetänkandet bet. 1231, s. 13.

²¹⁸Industriministeriets lovbekendtgørelse nr. 182 af 25. marts 1988, finns som bilaga 2 i bet. 1231.

²¹⁹Erhvervs- og Selskabsstyrelsens bekendtgørelse nr. 673 af 3. oktober 1990, finns som bilaga 3 i bet. 1231.

²²⁰Bet. 1231, s. 13.

otidsenligt att kravet på näringsbevis fortfarande gällde. Vidare ansågs auktorisation av mäklare onödig eftersom regler till skydd för konsumenter framgick av annan lag. Det anfördes även att en specialreglering av mäklarverksamheten jämte en utveckling av begreppet *god forretningsskik* bättre skulle reglera mäklarmarknaden, i stället för de mer generella förvärvsreglerande och konsumentskyddande lagarna.²²¹

Vidare angavs som skäl för en ny heltäckande mäklarlag att överlåtelse av fast egendom rörde mycket betydande ekonomiska värden. Härav följde att det måste anses vara betydelsefullt att förmedlingsverksamheten genomförs på ett betryggande sätt.²²² I anslutning till detta angavs att förmedling av fast egendom ekonomiskt, juridiskt och tekniskt var av komplicerad natur samt att förvärv av fast egendom rörde ett för alla konsumenter betydande affärsbeslut.

Utgångspunkten för den nya lagen ansågs böra vara konsumenternas behov av rådgivning och annan assistans med anknytning till förmedling av fast egendom. Genom detta synsätt, att utgå från konsumentens synvinkel och behov, menade man att lagen skulle komma att täcka alla relevanta situationer där en part var konsument.²²³

Tidigare dansk praxis, vad gällde typfallen, innebar att säljaren bistods i försäljningen av egendomen av en mäklare. Dessutom företrädde båda parter av var sin advokat, alternativt företrädde enbart köparen av en advokat, beroende på fastighetens geografiska belägenhet.²²⁴ Mäklarens ansvar var att upprätta en "slutseddel", det juridiskt bindande dokumentet, samt att tillse att parterna undertecknade detta. Däremot förelåg ett förbud mot att mäklaren upprättade en "skøde", ett köpebrev.²²⁵ Detta var advokatens (advokaternas) ansvarsområde.²²⁶ Härav kan lätt dras den slutsats att parterna redan enligt tidigare dansk lagstiftning och praxis ägde agera genom egna ombud. Det förelåg visserligen inget förbud mot att engagera egna ombud men det var heller inget påbud från lagstiftaren. Vanligen inträdde dessutom advokaten (advokaterna) i affären först då "slutsedlen" var undertecknad.²²⁷ Eftersom detta dokument var den juridiskt bindande handlingen förelåg efter undertecknandet ingen reell möjlighet för advokaten att genom rådgivning och annan assistans tillvarata sin uppdragsgivares intresse. I betänkandet anges advokatens roll i dessa hänseenden som "ekspeditionsrätt".²²⁸

²²¹Bet. nr. 1195/1990, som anges i utdrag i bet. 1231 s. 14.

²²²Bet. 1231 s. 15.

²²³Bet. 1231 s. 16.

²²⁴Bet. 1231 s. 19f.

²²⁵Bet. 1231 s. 25.

²²⁶Karnov I s. 6671 (116) anger, i anslutning till nu gällande lags § 17, stk. 2 pkt. 6, att mäklaren skall vara säljaren *behjälplig* i anslutning till "berigtigelsen", dvs. i samband med att äganderätten övergår till köparen, men att det inte är någon plikt att mäklaren *genomför* denna. Detta slutmoment i en fastighetsöverlåtelse genomförs av annan än mäklaren.

²²⁷Bet. 1231 s. 20.

²²⁸Bet. 1231 s. 20f.

Det förefaller som den danska fastighetsöverlåtelsen enligt tidigare gällande lagstiftning och praxis inte var renodlad. Ovan har pekats på det förhållandet att en alternativt två advokater, beroende på var i Danmark affären gjordes upp, kunde agera i en och samma affär, samtidigt som mäklaren höll i förmedlingen av objektet. I de fall då advokaten trädde in först då ett bindande avtal förelåg, kan man knappast tala om en ombudssituation av rådgivande karaktär. Emellertid förelåg även de fall där advokaten trädde in före undertecknandet av ett bindande dokument. I dessa fall agerade advokaten i den mer renodlade rådgivarrollen, då han aktivt deltog, till förmån för sin uppdragsgivare, i affären och i diskussionen som föregick utformningen av köpeavtalet. Ur konsumentsynpunkt föreföll detta förfarande vara det mest eftersträvansvärda. En mellanform förelåg då det i det bindande avtalet intagits en klausul vars innebörd var att avtalets giltighet, helt eller delvis, var beroende av advokatens godkännande av avtalet.

Det framfördes vid tidpunkten från Advokatrådet, att de fallen då advokaten agerar först *efter* att ett bindande avtal kommit till stånd, med tiden minskat i antal. Förhållandet skiftade dock stort över landet. Enligt en undersökning företagen av Advokatrådet tog 56% av privatköparna i Köpenhamn-området kontakt med ett eget ombud *innan* bindande avtal kommit till stånd. Dessutom intogs i viss omfattning villkor om advokatgodkännande i de avtal som undertecknats innan köparombud vidtalats. Å andra sidan genomfördes enligt undersökningen 23% av affärerna i Köpenhamn-området *utan* advokathjälp innan undertecknande av bindande avtal och utan villkor om advokatgodkännande. I andra områden var förhållandena omvända.²²⁹

Visserligen framgick i då gällande lagstiftning att mäklaren skulle bistå bägge parter och i största möjliga omfattning försöka tillvarata dessas intressen.²³⁰ Det erkändes dock samtidigt att det fanns förhållanden där mäklaren uppfattade sig som "saelgers mand", då han erhållit uppdraget från säljaren och att säljaren betalade arvode till mäklaren.²³¹ Vidare pekade kommittén på det faktum att en köpare inte enbart var i behov av skriftlig information, utan även rådgivning speciellt avpassad efter hans behov vad gäller informationens betydelse i det konkreta fallet. Jag tolkar det sagda som att kommittén ansåg det tveksamt om en mäklare rent faktiskt *ägde förmåga* agera på ett sådant sätt som köparen var i behov av inför ett förestående beslut om förvärv av fastighet. Här kan återknytas till den tidigare diskussionen ovan angående frågan om mäklaren kan agera som opartisk mellanman. Mäklare torde, medvetet eller omedvetet, känna en större lojalitetskoppling, enligt tidigare fört resonemang, med säljare än med köpare. Mäklaren tvingas ut på djupt vatten, i en fullständigt onödig

²²⁹Bet. 1231 s. 54.

²³⁰Bekendtgørelse om ejendomsmægleres og ejendomshandlers virksomhed, § 4 stk. 2. Tillkännagivandet finns som bilaga 3 i bet. 1231.

²³¹Bet. 1231 s. 21.

konflikt, om man inte inser och accepterar denna fullt naturliga syn på mellanmansskapet.

Danmarks nya reglering

Betänkandet²³²

Med stöd i de problem- och frågeställningar som påvisats i delbetänkandet²³³ samt i beaktande av de synpunkter som inkom till kommittén med anledning av delbetänkandet, utarbetades ett förslag till speciallagstiftning rörande mäklarverksamheten. Det konstaterades i betänkandet, och som nämnts ovan, att den generella förvävsreglerande och konsumentskyddande lagstiftningen även gäller vid fastighetsöverlåtelse och -förmedling som genomförs i förvärvssyfte. I den nu gällande lagens § 9, som rör uppdragets innehåll, upptas inget krav på att mäklaren skall agera enligt god mäklarsed. I förarbetena anges att detta inte skall tolkas så att mäklaren inte har att följa några yrkesetiska regler. Anledningen till att god mäklarsed inte nämns i lagen, är det ovan påvisade faktum att de generella lagarna är tillämpliga även på mäklarverksamheten. Det följer således av allmän dansk rätt²³⁴ att mäklaruppdraget skall utövas under iakttagande av god marknadsföringssed, vilket översatt till mäklarområdet skall läsas som god mäklarsed.²³⁵ Genom undvikande av "dubbelreglering" ansågs att en risk eliminerades för att den generella lagstiftningen i praktiken skulle anses obsolet eller i vart fall endast uppfattas som ett underordnat komplement till speciallagstiftningen. I detta avseendet föreligger således en likhet mellan dansk och svensk rätt, i så motto att mäklarens agerande bland annat styrs av ett i lag odefinierat begrepp (i dansk mäklarlag dessutom inte ens omnämnt!)²³⁶

Kommittén tog stöd i de tidigare framförda synpunkterna som fungerade som argument för en speciallagstiftning och utvecklade i anslutning till dessa att överlåtelse av fast egendom rörde betydande värden, inte enbart för parterna, utan även för samhället som helhet.²³⁷ Även välfärdsaspekten tillfördes de övriga argumenten. Med stöd i dessa argument konstaterade kommittén att det förlåg ett behov av speciallagstiftning på området. Man menade att konsumenter har ett särskilt behov av en väl fungerande

²³²Betänkning nr. 1241, Lov om omsætning af fast ejendom, Industriministeriet, København, december 1992.

²³³Bet. 1231, i vissa delar relaterat ovan.

²³⁴Markedsføringsloven § 1.

²³⁵Bet. 1241 s. 13 samt Karnov I s. 6670 (68).

²³⁶I Karnov II 1995 s. 4598 (1) anges i kommentaren till markedsføringsloven att det var ett uttalat önskemål att begreppet "god markedsføringssskik" löpande kunde utvecklas i praxis för att därigenom i praktiken fungera som ett för varje tid användbart hjälpmedel mot klandervärda marknadsföringsbeteenden. Begreppet är således, i likhet med vad som gäller i Sverige, inte legaldefinierat.

²³⁷Bet. 1241 s. 13.

marknad, eftersom konsumenterna själva svårligen ägde någon kraft att i någon nämnvärd omfattning påverka marknadens funktion. Konsumenterna ansågs även vara i behov av en ändamålsenlig rådgivning, anpassad efter individens behov och förutsättningar i det konkreta fallet. Slutligen menade kommittén att det låg ett värde i att tillse att marknaden inte dikterades av de förvärvsverksamma på marknaden, utan hänsyn till säljares eller köparens verkliga behov.²³⁸ Kommittén anammade därmed den tidigare framförda konsumenthänsynen som lagens ledstjärna.

Den nu gällande danska mäklarlagen²³⁹

Lagen är således av konsumentskyddande karaktär²⁴⁰ och rör yrkesmässig förmedling²⁴¹ i förhållande till konsument.²⁴² Dess tillämpningsområde är i någon mån snävare än motsvarande svensk lag eftersom den enbart täcker konsumenters²⁴³ affärer av den typ som faller in under lagens tillämpningsområde.²⁴⁴

Lagen träffar, i likhet med den svenska, både förmedling av fast egendom och lägenheter (ejerlejlighet).²⁴⁵ Förmedling av hyresrätter omfattas inte av lagen.²⁴⁶ Samtidigt är den danska regleringen vidare än motsvarande svenska då den, förutom ren förvärvsmässig förmedlingsverksamheten avseende fastigheter, även täcker annan rådgivning och assistans till konsument²⁴⁷ i anslutning till fastighetshandel samt regler om

²³⁸Bet. 1241 s. 14.

²³⁹Utdrag ur lagen finns som bilaga B.

²⁴⁰Lagens § 29 anger att lagens regler inte kan frångås till nackdel för konsument.

²⁴¹I förmedlingsbegreppet ingår uppdrag av både sälj- och köpkaraktär, se Karnov I, s. 6667, kommentar till lagens § 1, stk. 1, 2 pkt. (4).

²⁴²Lagens § 1, stk. 3 och § 1, stk. 5.

²⁴³Se lagens § 1, stk. 5 som även innefattar boendekollektiv och andelsboendeförening.

²⁴⁴Lagen är inte tillämplig då part är annan yrkesmässigt bedriven verksamhet, dvs. då ingen konsumentrelation är för handen. För all förmedlingsverksamhet gäller dock att den skall utövas under iakttagande av god sed. Vissa analogier med lagen kan därför dras i sådana förhållanden där den yrkesmässigt bedrivna verksamheten intar en underlägsen ställning. (Karnov I s. 6668 (10) 2 stk.). Parten kan i dessa förhållanden i mångt och mycket likställas med konsument och därmed uppkommer ett liknande skyddsbehov som vid konsumentförhållanden.)

²⁴⁵Lagens § 1, stk. 6.

²⁴⁶Lagens § 1, stk. 1, samt Karnov I, kommentar till paragrafen i (4).

²⁴⁷Detta innefattar till exempel låneförmedling. Notera dock att köparen enligt lagen har en självständig rätt att välja finansiering för den del av köpeskillingen som inte täcks av övertagna lån. Mäklarens intresse av att visst kreditinstitut får rätt att finansiera förvärvet, får inte beröva köparens hans rätt att välja finansiering. Mäklaren äger enbart föreslå lämplig finansiering. Se lagens § 4, 2 stk. och § 18, stk. 2. Mäklaren har dessutom en särskilt upplysningsskyldighet gentemot köparen i detta avseende, nämligen om han har ekonomiska eller personliga band till viss kreditgivare, lagens § 7. Mäklarens intresse skall inte heller i övrigt, vare sig i förhållande till säljare eller köpare, påverka affären. Mäklaren skall göra parterna uppmärksamma på alla förhållanden där mäklaren kan ha ekonomiska eller andra intressen av betydelse för affären, § 16. Konsument har rätt förvänta sig en sakkunnig rådgivning utan några lojalitets- eller ekonomiska band från mäklarens sida vad

förvärvsmässig marknadsföring och försäljning av fast egendom till konsumenterna.²⁴⁸ Att lagen har detta vidare tillämpningsområde torde delvis vara en följd av att förmedlingsverksamhet i Danmark kan drivas dels av registrerade fastighetsmäklare, men även av advokater, banker, hypoteksinstitut och försäkringsbolag.²⁴⁹ Av betydelse i sammanhanget är även det faktum att ca 70% av de danska fastighetsbyråerna är genom olika samarbetsavtal knutna till finansiella institut, samt att ca 60% av förmedlingsföretagen, direkt eller indirekt, är knutna till de stora kreditinstituten.²⁵⁰ Av lagen framgår att om förmedlingsverksamheten bedrivs i nära samarbete med finansiellt institut, skall detta framgå av verksamhetens firma.²⁵¹ Det framstår därför som en nödvändighet att reglera de därmed oundvikligen uppstående lojalitetsfrågorna i lag, genom att skydda parterna och ge dessa möjlighet kräva att mäklaren upplyser om de särskilda lojalitetsband som kan föreligga mellan mäklare och andra intressenter.

Flera av de i lagen upptagna reglerna speglar detta nära förhållande mellan mäklare och finansiellt institut. Som exempel kan anföras det faktum att lagen söker särskilja mellan två steg i en fastighetsöverlåtelse. Dessa steg är dels val av egendom, dels val av finansiering.²⁵² Lagen anger att en fastighetsförsäljning kan göras beroende av att köparen övertar ett i fastigheten bundet lån, men inte göras beroende av finansiering i övrigt. I kommentaren²⁵³ anges att det strider mot god mäklarsed om mäklaren, under förberedelse av affären, förmår säljaren uppta bundet lån, i mäklarens intresse,²⁵⁴ och göra överlåtelsen beroende av att köparen övertar detta. Bakgrunden till regeln är att det är köparen som fritt skall välja den fastighet han önskar förvärva, likväl som han fritt skall kunna välja finansiering av sitt förvärv, utan att detta val styrs eller påverkas av för honom ovidkommande hänsyn.

Den pragmatiska danska hållningen

gäller till exempel finansierings- eller försäkringsfrågor, bet. 1241 s. 25. Lagen upptar ett uttryckligt förbud mot kopplingsförbehåll i § 23.

²⁴⁸Ytterligare exempel där lagen är tillämplig är då en besiktningsman företar en värdering av fastigheten, på uppdrag av konsument, se bet. 1241, s. 47. Där anges även att lagen gäller överhuvudtaget då förvärvsutövande, som led i förvärvsverksamhet, ger rådgivning eller annan assistans till konsument om detta görs i samband med överlåtelse av fastighet.

²⁴⁹Lagens § 8, stk. 1.

²⁵⁰Samuelsson, Morten och Søgaard, Kjeld, a.a. s. 130. Den danska mäklarmarknaden förändrades under åttiotalets andra hälft, från en situation där många självständiga mäklare var verksamma, till en situation där mäklarna gick samman i förmedlingskedjor med starka band till finansiella institut, bet. 1241 s. 97f.

²⁵¹Lagens §§ 26, 27 och 28.

²⁵²Lagens § 4, stk. 2.

²⁵³Karnov I, s. 6669 (41).

²⁵⁴Mäklaren kan ju genom samarbetsavtal eller anställningsförhållande vara knutet till visst kreditinstitut.

Vidare har lagen det uttalade syftet att verka för att parterna agerar genom var sin rådgivare.²⁵⁵ Här skiljer sig således den danska regleringen på en avgörande punkt från den svenska. Lagens § 9 uttalar att mäklaren skall agera med omsorg för bägge parter intresse,²⁵⁶ för att nå ett affärsslut *på de villkor som har blivit avtalade med uppdragsgivaren*. Detta betyder enligt förarbetena²⁵⁷ att mäklaren skall agera professionellt och balanserat i sin verksamhet. Mäklaren skall tillvarata bägge parter intressen,²⁵⁸ dock i så motto att detta *inte* innebär att han skall vara opartisk.²⁵⁹ Mäklaren skall först och främst aktivt genomföra det uppdrag han fått av säljaren. Mäklaren är vidare enligt lagen skyldig att påtala för köparen att han kan och bör utse en egen rådgivare, om han inte gjort detta.²⁶⁰ Om köparen väljer att inte utse en egen rådgivare innebär detta inte att fastighetsöverlåtelsens giltighet påverkas.²⁶¹ Lagen anger även den logiska regeln att mäklaren inte får agera ombud för bägge parter i samma affär.²⁶² Denna regel är en följd av det pragmatiska synsätt som bygger upp lagen, nämligen att mäklaren inte kan i lika hög grad tillvarata bägge parter intresse i en affär. Man kan uttrycka detta med ett annat ordval; Mäklaren kan inte agera opartiskt!

Denna ståndpunkt uttalas klart och oreserverat i förarbetena.²⁶³ Man anför även i betänkandet att det inbyggt i den då fortfarande gällande mäklarregleringen fanns en benägenhet till att köparombudet²⁶⁴ trädde in först efter det att bindande avtal kommit till stånd. Eftersom detta förfarande gick emot det förslag som kommittén lagt infördes genom förbudet mot dubbel partsrepresentation en uttrycklig regel²⁶⁵ vars syfte var att tillse att ingen agerar mäklare, i en och samma affär, för bägge parter.²⁶⁶ Kommentaren²⁶⁷ till förevarande paragraf anger kort och koncist vad som gäller: "...Formidleren skal således koncentrere sin indsats om sin parts behov, dog med skyldig hensyntagen til den anden part, jf. § 9, hvorefter formidleren skal udføre hvervet med omsorg for begge parter intresser". Citatet visar att mäklaren skall agera professionellt med beaktande av båda

²⁵⁵Se Karnov I, s. 6667 (1) pkt. e.

²⁵⁶Den danska lagen förespråkar således inte den absoluta begreppsindelning som ovan framförts i detta arbete.

²⁵⁷Bet. 1241 s. 63.

²⁵⁸Bet. 1241 s. 55.

²⁵⁹Bet. 1241 s. 56.

²⁶⁰Lagens § 15, stk. 2.

²⁶¹Bet. 1241 s. 63.

²⁶²Lagens § 15, stk. 1.

²⁶³Bet. 1241 s. 26, där det heter att "Det er Udvalgets opfattelse, at ingen kan tjene 2 herrer på samme tid, og at begge parter kan have brug for hver sin rådgiver".

²⁶⁴Se ovan angående advokatens roll.

²⁶⁵Lagens § 15. Se även bet. 1241 s. 62, där kommittén konstaterar att ingen mäklare kan tillvarata både säljares och köpares intressen i lika stor utsträckning i samma affär. Kommittén påvisar även det faktum att det inte nödvändigtvis är samma tjänster och behov som eftersöks av parterna i samma affär.

²⁶⁶Bet. 1241 s. 27.

²⁶⁷Karnov I, s. 6671 (102).

parters berättigade intressen. Denna skyldighet innebär dock *inte* att han skall åsidosätta sin uppdragsgivares intresse.²⁶⁸

Enligt de danska förarbetena²⁶⁹ skall mäklaren agera omsorgsfullt gentemot sin uppdragsgivares medkontrahent i den utsträckning detta agerande gagnar uppdragsgivaren.²⁷⁰ Vidare skall mäklarens agerande gentemot köparen styras av de regler som följer av lagen. I övrigt skall mäklarens agerande i förhållande till köpare, men även i förhållande till säljare, styras av begreppet god mäklarsed.²⁷¹ I betänkandet poängteras dock att mäklarsysslan är en professionell förvärvsverksamhet, och som sådan föremål för snäva gränser för i vilken utsträckning mäklaren kan låna sig till att tillvarata säljarens intressen till nackdel för köparen.²⁷² Enligt mitt sätt att se på saken är det just denna balansgång, mellan omsorgsplikten i förhållande till uppdragsgivaren och hänsynen till köparens berättigade intresse, som avgör om en mäklare agerar professionellt och etiskt rätt i sin verksamhet eller om han agerar moraliskt förkastligt.

Mäklarens skyldigheter i lag

I övrigt innehåller den danska mäklarlagen vissa skyldigheter som mäklaren skall uppfylla. Dessa skyldigheters förekomst i lagen betingas i stor utsträckning av lagens konsumentskyddande karaktär. De gäller i förekommande fall till förmån både för säljare och köpare. Exemplifieringen nedan utges inte för att vara uttömmande. Syftet är enbart att påvisa vissa i lag angivna skyldigheter som mäklaren har, samt sätta dessa i relation till den svenska regleringen på området.

Besiktning av objektet

I lagen anges explicit att mäklaren vid en värdering skall påtala för en konsument (säljare eller köpare) om det föreligger behov av en byggnadsteknisk undersökning av fastigheten.²⁷³ Paragrafens ordalydelse tycks utgå från ett aktivt ställningstagande från mäklarens sida att det, i det aktuella fallet, föreligger ett behov av att undersöka objektet. Detta förutsätter att mäklaren har en viss teknisk kunskap rörande byggnadsteknik.

²⁶⁸Bet. 1241 s. 27; "Ved salgsopdrag repræsenterer formidleren imidlertid sælgeren og kan ikke samtidig repræsenterere køberen".

²⁶⁹Bet. 1241 s. 56.

²⁷⁰Här återknyts till det ovan sagda, att en väl genomförd affär, där mäklaren agerat omsorgsfullt och professionellt i relation till köparen, även är till förmån för säljaren.

²⁷¹Bet. 1241 s. 56 anför att mäklaren har en *plikt* att verka för att affär kommer till stånd. Mäklarens ansvar är dock inte så långtgående att han har en plikt att *genomföra* affären.

²⁷²Bet. 1241 s. 56.

²⁷³Lagens § 3, stk. 2.

Lagen anger detta krav om tekniskt kunnande.²⁷⁴ I kommentaren till lagen²⁷⁵ framgår att god mäklarsed styr mäklarens agerande i dessa fall. Vad god mäklarsed kräver rent faktiskt av mäklaren är beroende av dennes professionella kunnande. Kommentaren anför att det efter omständigheterna kan innebära ett skärpt ansvar för mäklaren. Förmodligen skall man tolka kommentaren så att, om mäklaren har ett mer djupgående kunnande på det byggnadstekniska området än som vanligtvis är fallet för mäklare i gemen, så anses en brist i hans agerande i detta avseende mer graverande än om han inte haft denna längre gående tekniska kunskap. Omvänt gäller att om felet var av sådan karaktär att mäklaren inte rimligen kunde upptäcka det, något felansvar inte kan inträda. Tolkningen har stöd i dansk litteratur.²⁷⁶ Vidare skall mäklaren generellt informera om risken för dolda fel och felansvaret i övrigt. Han skall även informera om vilka konsekvenser som kan följa om någon tekniskt besiktning inte företags.

En regel motsvarande den svenska om köparens undersökningsplikt²⁷⁷ upptas i lagen.²⁷⁸ Här påtalas, i paragrafens punkt 2, även att mäklaren skall tillse att båda parter förstår innehåll och innebörd av den byggnadstekniska besiktningen, om sådan har genomförts.²⁷⁹

Marknadsföring

I dansk mäklarlag anges det som ett krav, vid annonsering och annan marknadsföring, att objektets pris anges.²⁸⁰ Vidare är det ett lagkrav att objektets geografiska belägenhet anges²⁸¹ samt dess area. Reglerna har ingen motsvarighet i svensk lag, med undantag för arealangivelse.²⁸² Överträdelse är straffsanktionerat i § 32 genom böter. Förfarande i strid mot lagen kan även träffas av *markedsføringsloven*.²⁸³ Om den sanktion som följer av

²⁷⁴Lagens § 25, stk. 2, 7 pkt.

²⁷⁵Karnov I, s. 6669 (37).

²⁷⁶Samuelsson, Morten och Sjøgaard, Kjeld, a.a. s. 150.

²⁷⁷Svenska mäklarlagen 16 §.

²⁷⁸Lagens § 13.

²⁷⁹Jmfr. advokat Claude Zacharias, SvJT 1992 s. 801f. som anför, i kommentar till den svenska mäklarlagen, att mäklarens ansvar i denna del är särskilt viktig i konsumentrelationer.

²⁸⁰Lagens § 5.

²⁸¹Exakt adressangivelse är ej krav, se Karnov I, s. 6669 (44).

²⁸²Svenska mäklarlagen 18 §.

²⁸³Lov 1994-06-01 nr 428 om markedsføring, § 2, stk. 1, som lyder "Der må ikke anvendes urigtige, vildledende eller urimeligt mangelfulde angivelser, som er egnet til at påvirke efterspørsel eller udbud af varer, fast ejendom og andre formuegoder samt arbejds- og tjenesteydelser". Lagen är tillämplig vid privat förvärvsverksamhet samt offentlig verksamhet som kan likställas med privat förvärvsverksamhet, § 1. Kommentaren (Karnov II) s. 4599 (5) anger i linje härmed att lagen är tillämplig på "...banker og...ejendomsmæglere...". Kommentaren påtalar även att mäklarens hela verksamhet faller in under lagens tillämpningsområde, ej enbart annonsering. Begreppet marknadsföring ges således en vid betydelse, och omfattar varje handling, eller underlåtenhet, som företas som led i förvärvssyfte, kommentaren s. 4599 (7) Paragrafens andra led lyder "Der må i sådan

allmän lag är strängare än motsvarande sanktion i mäklarlagen, tillämpas den allmänna lagen på överträdelsen. För svenska förhållanden gäller som bekant marknadsföringslagen.²⁸⁴

Boendekostnadskalkyl

I likhet med svensk lag upptas ett krav att mäklaren skall tillhandahålla köparen en boendekostnadskalkyl.²⁸⁵ Varken av lag eller kommentar framgår att denna kalkyl skall vara skriftlig.²⁸⁶ Det torde gagna konsumentintresset om ett skriftlighetskrav infördes i dansk lag. Uppllysning om boendekostnaden skall enligt kommentaren ingå i beräkning av brutto- och nettokostnad för ägandet.²⁸⁷ Inte heller här ställs upp något skriftlighetskrav i lag eller kommentar.

Visserligen torde skriftlighetskravet följa redan av god mäklarsed. Lagen anger även att *Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* har kompetens fastställa de närmare regler om hur brutto- och nettokostnaderna skall beräknas och hur konsument skall bli upplyst om dessa.²⁸⁸ Dessutom torde mäklaren ha bevisbördan för att konsument blivit upplyst i sådan omfattning som lagen kräver.²⁸⁹ Härav följer att det är rimligt anta att mäklaren skall tillhandahålla en köpare en skriftlig beräkning av boendekostnader. Ur tydlighetssynpunkt anser jag dock att den svenska regleringen i detta avseende är bättre än den danska. Ett i lag explicit angivet skriftlighetskrav främjar tydligheten och förstärker lagens konsumentorienterade karaktär.

Skyldigheten innefattar enligt kommentaren²⁹⁰ även att mäklaren skall bedömma köparens kreditvärdighet. Man kan med fog här anse att regleringen i denna del går utöver vad mäklaruppdraget bör omfatta. Mäklaruppdraget sträcker sig i detta avseende längre än svensk rätt, eftersom mäklaren här överskrider gränsen för kreditinstitutens verksamhetsområde. Självfallet skall mäklaren kunna ge en köpare insiktsfulla råd och kommentarer i anslutning till fastighetsköp. Att dra mäklaruppdraget alltför långt i här avsedd mening, kan emellertid medföra allvarliga konsekvenser för köparen. Man får inte glömma att kreditbesked, såväl i positiv som negativ riktning, endast kan lämnas av kreditinstitutet

virksomhed ikke foretages handlinger, som strider mod god markedsføringsskik". Kommentaren s. 4599 (7) anger att en avvägning skall ske mellan förvärvs-, konsument- och allmänna samhällsintressen då det skall avgöras om en företagen handling strider mot lagen.

²⁸⁴Marknadsföringslag (1975:1418) 1 §.

²⁸⁵Lagens § 6 och § 19. Jmfr. svensk lag 18 §.

²⁸⁶I svensk lag framgår skriftlighetskravet av i not ovan nämnda 18 §.

²⁸⁷Karnov I, s. 6672 (122) som hänvisar till lagens § 17, stk. 2 nr. [sic.] 2.

²⁸⁸Lagens § 19, stk. 4.

²⁸⁹Detta beviskrav anges i lagen i anslutning till § 3, stk. 2, och torde även gälla för det här diskuterade förhållandet.

²⁹⁰Karnov I, s. 6669 (50).

självt. Det finns chockerande exempel från svensk fastighetsmarknad i slutet av 1980-talet, där mäklaren upprättade egna övertagandehandlingar gällande lån bundna i fastigheten, utan att ens höra sig för hos kreditinstitutet - och utan att detta fick möjlighet företa någon kreditvärdighetsbedömning av köparen.

Paragrafen får dock ses i ljuset av den danska lagens tillämpningsområde. Som konstaterats ovan är detta tillämpningsområde vidare än motsvarande svenska lag. Därför är det av betydelse notera att förarbetena anger att bestämmelsen är riktad mot de rådgivare som är involverade i denna typ av rådgivning.²⁹¹ Detta skall förmodligen tolkas så att ett kreditinstitut eller motsvarande, eller en mäklare helt eller delvis knuten till sådant institut, här har ett större ansvar än en helt fristående mäklare. Regeln är således betingad av de speciella förhållanden som råder på den danska förmedlingsmarknaden.²⁹²

Upplysningsskyldighet

Mäklarens upplysningsskyldighet med anledning av dennes särskilda ekonomiska eller andra intressen har redan berörts ovan.²⁹³ Syftet med denna upplysningsskyldighet kan helt kort återges här. Både säljare och köpare har rätt bli upplysta om dessa för mäklaren intressanta kopplingar, så att parterna kan avgöra om mäklaren agerar i eget intresse eller ej.

Vidare anges i lagen²⁹⁴ att mäklaren har skyldighet ge båda parter de upplysningar som kan vara av betydelse i affären. Bestämmelsen, som inte är uttömmande, innebär att mäklaren är skyldig att dels informera om själva objektet och dels om fastighetsköp överhuvudtaget, om denna information är relevant för parterna i det konkreta fallet.²⁹⁵ Vidare framhålls i förarbetena att mäklarens skyldighet enligt § 15 faller in här.²⁹⁶ Här avses mäklarens skyldighet att inte uppträda som ombud för *båda parter i en och samma affär*²⁹⁷ (bestämmelsens första stycke), samt skyldigheten upplysa part om att denne kan och bör anlita eget ombud (bestämmelsens andra stycke). Motsvarande skyldigheter gentemot parterna, med undantag för

²⁹¹Bet. 1241 s. 52.

²⁹²Se redogörelse ovan angående den existerande kopplingen mellan mäklare och andra aktörer på den finansiella marknaden.

²⁹³Se not 247 ovan.

²⁹⁴Lagens § 13, bestämmelsen är till viss del behandlad ovan vad gäller besiktnings- och undersökningspliktsfrågorna.

²⁹⁵Bet. 1241 s. 61.

²⁹⁶Bet. 1241 s. 62.

²⁹⁷Jmfr. svenska mäklarlagens i princip generella ombudsförbud i 15 §.

rekommendationen att utse eget ombud, ryms även i svensk lag.²⁹⁸
Förfarandet utfylls enligt svensk lag av begreppet god mäklarsed.²⁹⁹

Kontrollansvaret

I likhet med svensk mäklarlag upptar den danska ett kontrollansvar.³⁰⁰ Reglerna har sinsemellan olika avfattningar, då den danska lagen anger att syftet är att upprätta ett avtalsutkast som betryggande reglerar frågor av betydelse i affären. Detta torde innefatta de skyldigheter som nämns i motsvarande svenska regel, nämligen kontrollskyldighet vad gäller förfoganderätten över fastigheten samt vilka inteckningar, servitut och andra rättigheter som graverar den.³⁰¹

I kommentaren³⁰² sammanfattas skyldigheten i orden att mäklaren skall tillse att han framlagt ett betryggande underlag som grund för upprättande av köpeavtalet. I förarbeten³⁰³ påpekas att detta inte minskar det andra partsombudets ansvar, om sådant ombud har utsetts, då denne agerar för sin uppdragsgivare.

Mäklarfullmakt

Som visats är ett centralt förhållande i den danska lagen att mäklaren är säljarens uppdragstagare. Detta kontrasterar bjärt mot grunderna för den svenska lagen. Den nuvarande svenska mäklarlagen upptar, som redovisats ovan, ett förbud mot att mäklaren agerar som ombud för någon av parterna. Den danska lagen upptar självfallet inte något förbud i denna del. Däremot anges att mäklaren inte, utan särskild fullmakt, kan *förpliktiga*

²⁹⁸Svenska mäklarlagen 16 §.

²⁹⁹Eftersom begreppet god mäklarsed utfylls och preciseras av bland annat riktlinjearbete, se ovan, kan som exempel på mäklares upplysningsskyldighet gentemot säljare enligt svensk lag anföras Konsumentverkets riktlinjer KOVFS 1996:4, 4.1.3, som lyder: "Innan ett uppdragsavtal ingås skall fastighetsmäklaren informera överlåtaren om följande. ... 4.1.3 Hur fastighetsmäklaren kommer att utföra sitt uppdrag, vad som ingår i detta samt hur det praktiskt planeras bli genomfört." Exempel på skyldighet gentemot köpare kan enligt Konsumentverkets riktlinjer, KOVFS 1996:4, 6.1.1, vara: "Fastighetsmäklaren skall tillhandahålla förvärvaren en skriftlig beskrivning av objektet (objektbeskrivning). Av denna skall framgå: - vem som har rätt att förfoga över objektet, - vilka inteckningar, servitut och andra rättigheter som belastar objektet." Konsumentverkets riktlinjer innehåller även regler som skyddar både säljare och köpare. Exempel på sådana regler är KOVFS 1996:4, 7, vars första stycke lyder: "Fastighetsmäklaren skall då anledning finns i förhandlingsskedet informera om de rättsregler som gäller för slutande av avtal mellan överlåtare och förvärvare, särskilt de formkrav som gäller".

³⁰⁰Lagens § 14.

³⁰¹Svenska lagen 17 §.

³⁰²Karnov I, s. 6671 (100).

³⁰³Bet. 1241 s. 62.

uppdragsgivaren mot tredje man.³⁰⁴ Skulle försäljningsuppdraget återkallas, vilket kan ske utan uppsägning,³⁰⁵ faller även fullmakten. Det strider mot god mäklarsed att nyttja den typ av fullmakt som här avses, efter det att uppdraget har sagt upp. Självfallet kan även fullmakten dras tillbaka enligt gällande avtalsrättsliga regler.³⁰⁶

De ovan relaterade exemplen påvisar, trots vissa avvikelser, att det grundläggande synsättet är gemensamt vad gäller de lagbundna mäklarskyldigheterna i Danmark och Sverige. Det förhållande som styr utformningen av lagarna är konsumenthänsynen. Det är därför olyckligt att svensk mäklarlag inte anammat det pragmatiska synsätt som präglar dansk mäklarlag vad gäller synen på mäklarens rättsliga ställning i övrigt.

³⁰⁴Lagens § 21.

³⁰⁵Lagens § 12, stk. 2.

³⁰⁶Karnov I, s. 6672 (133).

Uppsatsens avslutande del

Lösningförslag

Denna uppsats har försökt påvisa de konsekvenser som kan bli följden av att mäklaren ses som en opartisk mellanman. Denna syn på mäklaren har fullt ut, trots omfattande protester från initierade instanser, införts i och med nu gällande mäklarlag. Som påvisats innebär dessa konsekvenser inte endast att mäklaren lever farligt i sin yrkesroll. Även en köpare behandlas oförmånligt av lagen. Detta är en konsekvens av att lagen är otydlig på ett sådant sätt, att en köpare tycker sig ha mer skydd i lagen än som enligt förarbetena är fallet. Denna diskrepans mellan lag och förarbeten är olycklig. Vidare är lagen oförmånlig mot säljaren. Denne får betala provisionen men har enligt gällande lag inte rätt förvänta sig att mäklaren, säljarens uppdragstagare, skall agera lojalt och tillvarata säljarens, uppdragsgivarens, intresse i större omfattning än köparens intresse annat än i de diffusa affärsmässiga förhållandena och då god mäklarsed så medger. Som anförts ovan, menar jag att detta är en mycket förvånande syn på mellanmanskapet.

Det sagda utmynnar i konklusionen att svensk mäklarlag i dag är avfattad på ett icke verklighetsförankrat sätt. Lagen innebär svårigheter för mäklaren att agera enligt de villkor och förutsättningar som råder på marknaden, samtidigt som den i lagen förfäktade konsumenthänsynen är ett spel för gallerierna. Att lagen används som styrmedel är väl knappast uppseendeväckande. Syftet med lagen, den avsedda effekten, måste dock vara förankrat i verkligheten för att lagen skall upprätthålla en legitimitet.

Vilken syn lex ferenda kan vara lämplig att ha på dessa frågor?

Delad provision - delad lojalitet

För att försöka ge nuvarande mäklarlag ett sken av legitimitet,³⁰⁷ kan som en lösning framföras att båda parter betalar provision till mäklaren. Lämpligen betalar båda parter var sin lika stor del av en provision beräknad på samma sätt som provisionen beräknas idag, dvs. efter viss procent på köpeskillingen om inte annat avtalats.³⁰⁸ Detta skulle innebära att mäklaren erhåller betalning från säljare och köpare och att han därmed skulle känna lojalitet gentemot båda sina uppdragsgivare. Mäklaren får en mer konkret bindning, inte enbart till säljaren, utan även till köparen. Därmed skulle mäklarlagens intentioner, att mäklaren skall tillvarata båda parter intresse, kunna upprätthållas.

³⁰⁷I ovan angiven mening.

³⁰⁸21 § 1 st.

Svårigheten med denna lösning framkommer dock omgående. En roll med dubbla lojaliteter är inte bättre än en roll som opartisk mellanman. En följd av att provisionen beräknas på köpeskillingen blir att mäklaren önskar nå en så hög prisnivå som möjligt. Det ligger i hans intresse att priset hålls uppe. *Mäklaren har ett personligt ekonomiskt intresse, som står i direkt motsats till köparens intresse.* Mäklaren kan även ha ett ekonomiskt intresse som står i motsats till säljaren. Detta kan till exempel gälla de fall då mäklaren undanhåller säljaren en spekulant till förmån för annan spekulant, som bjudit ett lägre pris än den förre, *då denne senare innebär en följdaffär för mäklaren.* Resonemanget visar tydligt på de risker som kan bli följden av att mäklaren agerar för bägge parter, eller som opartisk mellanman. Något krasst uttryckt kan man säga att mäklaren har en *för stor* kontroll över affären och denna kontroll kan han utnyttja till sin fördel - till nackdel för någon av parterna eller båda. Hur kan denna kontroll undvikas?

Parterna företräds av var sitt ombud

Denna reglering skulle slutgiltigt lösa lojalitetsfrågan. Här företräds vardera part av sitt ombud, som enbart skall tillvarata sin uppdragsgivares intresse. Lösningen medför att mäklarlagen i nuvarande form inte kan tillämpas. Regleringen innebär även en lösning på den i avsnittet strax ovan kritiserade mäklarkontrollen, då risken minskar för att ovidkommande intressen vägs in överlåtelsen. Mäklaren förhandlar i varje fastighetsaffär med flera köparombud som företräder intresserade köpare. Visserligen kan även i denna konstellation framföras förslag om följdaffärer till mäklaren men denna risk torde minska högst betydligt med denna reglering. Detta är en följd av att det för framgång krävs en överenskommelse mellan säljarombudet (mäklaren) och köparombudet. Intresset för denna typ av överenskommelser torde vidare minska av den anledningen att den vinst som förfarandet innebär skall delas mellan de två ombuden.³⁰⁹ Dessutom kan det ofta vara så att köparombudet själv är mäklare och då torde risken för denna dunkla hantering helt elimineras, eftersom köparombudet då har intresse av att själv agera (säljar)ombud då köparens egen fastighet skall säljas.

Mäklaren har enbart rätt till provision om avtal om överlåtelse träffats genom honom,³¹⁰ och ersättning för kostnader kan endast tas ut om särskild överenskommelse träffats därom.³¹¹ Detta följer principen no cure - no pay. Syftet med mäklarens verksamhet är att finna en köpare som säljaren kan

³⁰⁹Självfallet strider agerandet mot god mäklarsed men för att part skall kunna nå framgång med klagomål krävs att misstanke om förfarandet kommer till hans kännedom. En regel kan ju knappast ha metafysisk giltighet. Förhållandet måste påtalas av den som är berörd.

³¹⁰Notera dock 21 § 3 st.

³¹¹21 § 2 st och 22 §.

ingå avtal med. Lever inte mäklaren upp till detta äger han inte rätt utta provision.³¹²

Köparombudets uppdrag är av annan karaktär. Hans uppgift är att undersöka om det av mäklaren upprättade avtalsförslaget, i det konkreta fallet, är rimligt avfattat och godtagbart från sin uppdragsgivares utgångspunkt. Ersättningen för denna tjänst bör inte vara beroende av om överlåtelsen genomförs eller ej. Ersättningen är mer direkt kopplad till rådgivningen, och denna rådgivning kan vara köparen behjälplig även i andra affärer. Om köparombudens rätt till ersättning skulle vara beroende av att köparen genomför den aktuella fastighetsaffären eller ej, skulle konsekvensen förmodligen kunna bli att ombuden i en alltför hög utsträckning rekommenderade sina uppdragsgivare att genomföra affärer. Detta oavsett om ombudet hade invändningar mot affären eller ej. Att ersättning skall utgå i dessa fall, oavsett om överlåtelsen genomförs eller ej, kan därför indirekt motiveras av hänsyn till köparen. Det är vidare inte mer uppseendeväckande att köparombudet äger rätt till ersättning i dessa fall, än att en besiktningsman äger utta ersättning för genomförd teknisk besiktning av fastigheten - oavsett vad följderna blir av besiktningen.³¹³

I likhet med vad dansk lag anger, skall mäklaren vara skyldig upplysa köparen om att han har rätt, och bör, utse ett eget ombud i affären. Denna upplysningskyldighet skall vara ett centralt moment i mäklarens verksamhet. Om mäklaren inte lever upp till denna skyldighet skall skadeståndsansvar eller avregistrering bli följderna.³¹⁴

I dag är det självfallet inget krav vid försäljning av fastighet att genomföra denna affär genom mäklare. Varje person som tror sig kapabel att sälja sin fastighet utan mäklare, har rätt att göra så. I likhet med detta bör det inte heller vara något krav att köparen skall utse ett ombud. Känner sig köparen trygg i den situation han befinner sig i, till exempel på grund av särskild insikt i de frågor som kan uppstå i samband med fastighetsköp, skall han kunna genomföra förvärvet själv. Även här kan en parallell dras med teknisk besiktning av fastigheten. Den köpare som anser sig äga sådan kunskap om byggnadsteknik att bekostande av opartisk besiktning är överflödigt, kan företa erforderlig undersökning av fastighet och byggnad själv. Notera dock att han även själv får stå för de eventuella negativa konsekvenserna. Han kan inte vältra över ansvaret på någon annan om han inte tillräckligt grundligt uppfyllt sin undersökningsplikt. Han bör således tänka sig för. Att spara på besiktnings- eller ombudskostnader kan bli dyrt i längden.

³¹²Se SOU 1981:102 s. 127ff., där förutsättningarna för mäklarens rätt till provision diskuteras.

³¹³I motsats till vad som gäller mäklarprovision, skall således köparombudets ersättning följa av principen i 18 kap. 5 § handelsbalken - skäligt arvode samt ersättning för kostnader.

³¹⁴Andra påföljdsalternativ kan vara varning eller provisionsnedsättning alternativt -bortfall.

Uppsatsens konklusioner rörande frågeställningarna

Uppsatsens konklusion vad gäller den första frågeställningen är, att den nuvarande mäklarlagens syn på mäklarens yrkesroll inte är sprungen ur en realistisk och verklighetsförankrad föreställning. Mäklaren skall i lag ges möjlighet att uppträda i den roll han i verkligheten har - nämligen den mot uppdragsgivaren lojale uppdragstagaren. Uppdragsgivaren är beställare av en tjänst, som skall utföras av mäklaren. Köparen skall skyddas i lag genom vissa explicit angivna skyldigheter vilka mäklaren skall leva upp till. Mäklaren skall i övrigt iakttä god mäklarsed vilket beroende på omständigheterna kan innebära skyldigheter både mot säljare och köpare. De etiska krav på mäklarens agerande, som allmänhet och det offentliga bör och skall ställa på mäklaren, äventyras inte av den föreslagna regleringen. Att allmänhet och det offentliga äger rätt förvänta sig att mäklaren skall agera professionellt och sakkunnigt i sin yrkesroll, innebär inte att han därmed intar en roll som opartisk mellanman. Jag menar att mäklarens här klart utmejslade rollfördelning i förhållande till parterna, tillsammans med de lagbundna skyldigheterna, ökar mäklarens möjligheter agera säkrare och därmed professionellt i sin yrkesroll.

Uppsatsens konklusion vad gäller den andra frågeställningen är, att det faktum att begreppet god mäklarsed inte är legaldefinierat innebär inte att mäklaren lever osäkrare i sin yrkesroll än andra personer som enligt lag skall agera enligt andra icke legaldefinierade handlingsmönster. Gällande rätt består inte enbart av skrivna normer. Även oskrivna principer och etiska överväganden, spunna ur personliga preferenser, är faktiska moment att ta hänsyn till i rättslivet. Det ligger ett värde i att rätten speglar sin nutid, och för att kunna tillägna sig denna roll måste rätten vara både fast och föränderlig på samma gång. De oskrivna principerna uppvisar en lyhördhet och anpassningsbarhet till sin nutid som skrivna normer inte besitter. Förändringsprocessen är för lagar och andra skrivna författningar mycket långsam, i motsats till vad som gäller för de oskrivna principerna.

God mäklarsed skall således även fortsättningsvis utvecklas och preciseras genom branschorganisationer, riktlinjearbete och praxis. Utvecklingen av begreppet skall färgas av konstruktiv dialog mellan initierade organ. Ensidig utveckling av begreppet, till exempel genom riktlinjearbete enbart utformat efter visst organs kompetens- och ansvarsområde, träffar inte målet. Resultatet av sådan från andra organ fristående utveckling av begreppet skapar en icke önskvärd osäkerhet. Samarbetstanken skall vara den förhärskande och begreppet skall formis i diskussionsforum där synpunkterna sammanjämkas till ett allmängiltigt och brett accepterat handlingssystem vars materiella innehåll anger innebörden av god mäklarsed.

Slutord

Det är min förhoppning att de argument och synpunkter som har lyfts fram i denna uppsats i någon mån kan vara av värde för utvecklingen av synen på mäklaren och dennes yrkesroll. Om synen på mäklaren förändras i riktning mot den åsikt som framförts i detta arbete, menar jag att detta skulle resultera i en mer ändamålsenlig reglering av mäklarens verksamhet. Mäklarens rättsliga ställning skulle därmed följa det traditionella synsättet vad gäller mellanmannens, till exempel kommissionärens, ställning och skyldigheter i allmänhet gentemot uppdragsgivaren. En gemensam syn på olika mellanmansroller i denna del främjar den juridiska överskådligheten på området. Den ambivalenta syn på mäklarens yrkesroll och ställning, som framkommer i lag och förarbeten, skapar osäkerhet för alla berörda. Låt de grundläggande juridiska principer, rörande mellanmannens roll gentemot uppdragsgivaren, som bland annat uttrycks i kommissionslagen färga mäklarens yrkesroll. Detta gagnar parterna oavsett om dessa uppträder som säljare eller köpare. Dessutom medför den här skisserade dubbla ombudssituationen³¹⁵ att affärer genomförs *på armlängds avstånd*, vilket sannolikt minskar riskerna för otillbörligt beteende från den oseriöse mäklaren.

Mäklaren skall varken tjäna uppdragsgivarens medkontrahent eller sig själv, utan enbart sin uppdragsgivare. Detta är ett av de moment som mäklaren skall uppfylla för att kunna ställa anspråk på erhållande av ersättning. Han skall tillvarata medkontrahentens intressen enligt de i lagen fastställda skyldigheterna. I övrigt skall god mäklarsed vägleda mäklaren i hans verksamhet. En fortlöpande och väl avvägd utveckling av begreppet ger mäklaren en rimlig möjlighet agera seriöst och professionellt, samtidigt som de särskilda krav som betingas av hänsyn till parterna kan iakttas. Med den reella synen på mäklarens rättsliga ställning som grund, kan en ny mäklarlag troligen njuta en längre livstid än föregående (och kanske nuvarande) lag på området.

Under dessa förutsättningar har mäklaren återigen en möjlighet att vara människa. Att leva upp till en osann myt klarar ingen av oss i längden.

³¹⁵I betydelse ett säljar- respektive ett köparombud.

Bilaga A

Fastighetsmäklarlag (1995:400)

Allmänna bestämmelser

1 § Med fastighetsmäklare avses i denna lag fysiska personer som yrkesmässigt förmedlar fastigheter, delar av fastigheter, byggnader på annans mark, tomträtter, bostadsrätter, andelsrätter avseende lägenhet, arrenderätter eller hyresrätter.

2 § Vad som föreskrivs om fastigheter i denna lag tillämpas också på de övriga förmedlingsobjekt som anges i 1 §. Vid förmedling av arrenderätt eller hyresrätt tillämpas dock inte 18, 21 och 22 §§. Vid förmedling av nyttjanderätt skall vad som sägs om säljare avse den som överlåter eller upplåter nyttjanderätten och vad som sägs om köpare avse motparten.

3 § Bestämmelserna i denna lag tillämpas oavsett var fastigheten är belägen, om en väsentlig del av mäklarens uppdrag utförs i Sverige.

4 § Om inte annat anges i det följande, får bestämmelserna i denna lag inte frångås till nackdel för en konsument som köper en fastighet huvudsakligen för enskilt bruk eller som säljer en fastighet som han har innehaft huvudsakligen för enskilt bruk.

Registrering av fastighetsmäklare

5 § Varje fastighetsmäklare skall vara registrerad hos Fastighetsmäklarnämnden. Detta gäller dock inte i fråga om advokater eller sådana fastighetsmäklare som förmedlar enbart hyresrätter.

Närmare bestämmelser om Fastighetsmäklarnämnden meddelas av regeringen.

6 § För att en fastighetsmäklare skall bli registrerad krävs att han

1. inte är underårig, försatt i konkurs eller underkastad näringsförbud eller har förvaltare enligt 11 kap. 7 § föräldrabalken,
2. har försäkring för skadeståndsskyldighet som kan drabba honom, om han åsidosätter sina skyldigheter enligt 11-19 §§,
3. har tillfredsställande utbildning,
4. har för avsikt att vara yrkesverksam som fastighetsmäklare, samt
5. är redbar och i övrigt lämplig som fastighetsmäklare.

Närmare föreskrifter om villkoren för registrering och om registreringsförfarandet meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Registreringsavgift i form av ansökningsavgift och årlig avgift bestäms av regeringen.

7 § 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.

8 § Fastighetsmäklarnämnden skall återkalla registrering för den fastighetsmäklare som

1. inte längre uppfyller kraven enligt 6 §,
2. inte betalar föreskriven registreringsavgift, eller
3. handlar i strid med sina skyldigheter enligt denna lag.

Ett beslut om återkallelse gäller omedelbart.

Om det kan anses vara tillräckligt, får Fastighetsmäklarnämnden i stället för att återkalla registreringen meddela varning. Är förseelsen ringa, får påföljd underlåtas.

9 § Fastighetsmäklarnämndens beslut enligt denna lag får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätt.

10 § Den som uppsåtligen yrkesmässigt förmedlar fastigheter i strid med vad som föreskrivs om registrering i 5 § döms till böter eller fängelse i högst sex månader.

Fastighetsmäklarens uppdrag

11 § Ett uppdragsavtal skall upprättas skriftligen. Mäklaren får inte åberopa ett avtalsvillkor som inte har tagits in i uppdragsavtalet eller på annat sätt har avtalats skriftligen. Detta gäller dock inte överenskommelser om ändring av förmedlingsobjektets pris och andra villkor för överlåtelsen eller upplåtelsen.

Om uppdraget är förenat med ensamrätt, får tiden för ensamrätten bestämmas till högst tre månader åt gången. En överenskommelse om förlängning får träffas tidigast en månad innan uppdragsavtalet skall upphöra att gälla.

12 § Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. Mäklaren skall därvid tillvarata både säljarens och köparens intresse.

Handpenning som fastighetsmäklaren har tagit emot skall utan dröjsmål överlämnas till säljaren, om inte annat har överenskommit i särskild ordning.

Pengar och andra tillgångar som mäklaren får hand om för någon annans räkning skall hållas skilda från egna tillgångar.

13 § Fastighetsmäklaren får inte köpa en fastighet som han har i uppdrag att förmedla. Mäklaren får inte heller förmedla en fastighet till någon sådan närstående som avses i 4 kap. 3 § konkurslagen (1987:672).

Om mäklaren eller någon honom närstående förvärvar en fastighet som mäklaren före förvärvet har haft i uppdrag att förmedla, skall mäklaren genast anmäla förvärvet till Fastighetsmäklarnämnden.

14 § En fastighetsmäklare får inte bedriva handel med fastigheter.

Mäklaren får inte heller ägna sig åt annan verksamhet som är ägnad att rubba förtroendet för honom som mäklare.

15 § Fastighetsmäklaren får inte företräda köpare eller säljare som ombud. Mäklaren får dock åta sig begränsade åtgärder i den mån god fastighetsmäklarsed medger det.

16 § 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.

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

18 § När förmedlingen avser en fastighet som en konsument köper huvudsakligen för enskilt bruk, skall fastighetsmäklaren tillhandahålla köparen en skriftlig beskrivning av fastigheten. Beskrivningen skall innehålla uppgifter i de avseenden som har angetts i 17 § samt uppgift om fastighetens benämning, taxeringsvärde och areal. Beskrivningen skall också innehålla uppgift om byggnadens ålder, storlek och byggnadssätt.

Vid förmedling som avses i första stycket skall mäklaren innan fastigheten överläts tillhandahålla köparen en skriftlig beräkning av dennes boendekostnader.

19 § Fastighetsmäklaren skall verka för att köparen och säljaren träffar överenskommelse i frågor som behöver lösas i samband med överlåtelsen. Om inte annat har avtalats, skall mäklaren hjälpa köparen och säljaren med att upprätta de handlingar som behövs för överlåtelsen.

20 § Om fastighetsmäklaren uppsåtligt 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.

Om fastighetsmäklaren har betalat skadestånd till köparen på grund av skada som köparen har tillfogats genom att fastigheten avviker från vad köparen har haft anledning att räkna med, kan mäklaren kräva tillbaka

skadeståndet från säljaren i den mån också säljaren är ansvarig för skadan och det inte är oskäligt att säljaren i sista hand får bära detta ansvar ensam.

Ersättning för fastighetsmäklarens uppdrag

21 § Om inte annat har avtalats, skall fastighetsmäklarens ersättning beräknas efter viss procent på köpeskillingen (provision).

Mäklaren har rätt till provision endast om avtalet om överlåtelse har träffats genom mäklarens förmedling mellan uppdragsgivaren och någon som har anvisats av mäklaren.

Har mäklaren fått uppdraget med ensamrätt och träffas utan hans förmedling avtal om överlåtelse inom den tid som ensamrätten gäller, har mäklaren rätt till provision som om avtalet hade förmedlats av honom.

22 § Skall fastighetsmäklarens uppdrag ersättas i form av provision, har mäklaren rätt till ersättning för kostnader endast om en särskild överenskommelse har träffats om detta.

23 § Fastighetsmäklarens ersättning kan sättas ned, om mäklaren vid uppdragets utförande har åsidosatt sina skyldigheter mot köparen eller säljaren. Detta gäller dock inte, om åsidosättandet är av ringa betydelse.

Bilaga B

Utdrag ur dansk mäklarlag, lov 1993-06-30 nr 453 om omsætning af fast ejendom.

...

Kap 2. Generelle bestemmelser

...

Særlige rådgiverinteresser

§ 7 Har rådgiveren en særlig økonomisk eller personlig interesse i forbrugers valg af finansiering, forsikring eller andre ydelser i tilknytning til omsætning af fast ejendom, skal rådgiveren gøre forbrugeren bekendt med forholdet.

stk 2. Modtager rådgiveren provision eller andet vederlag som følge af formidling eller fremskaffelse af finansiering, forsikring eller andre ydelser i tilknytning til omsætning af fast ejendom, skal rådgiveren gøre forbrugeren bekendt hermed. Rådgiveren skal endvidere gøre forbrugeren bekendt med adgangen til at få oplyst provisionens størrelse og på forespørgsel oplyse denne.

...

Kap 3. Ejendomsformidling

...

Opdraget

§ 9 En erhvervsdrivende, som påtager sig hverv som formidler ved køb og salg af fast ejendom, skal med omsorg for begge parter interessere virke for, at der bliver handlet, og at handelen bliver gennemført inden for en periode, til en pris og på vilkår, som er nærmere aftalt med opdragsgiver.

...

Oplysningspligt

§ 13 Formidleren skal rådgive sin opdragsgiver og give begge parter de oplysninger, som er af betydning for handelen og dennes gennemførelse. Formidleren skal

- 1) rådgive begge parter om behov og mulighed for en byggeteknisk gennemgang af ejendommen og
- 2) gøre begge parter bekendt med rapporten fra en byggeteknisk gennemgang af ejendommen, hvis en sådan foreligger.

Undersøgepligt

§ 14 Formidleren skal i fornødent omfang foretage undersøgelser samt indhente og kontrollere oplysninger med henblik på, at udkast til købsaftale indeholder en betryggende regulering af forholdet mellem parterne, således at handelens efterfølgende berigtigelse er af ekspeditions-mæssig karakter.

Partsrepræsentation

§ 15 Ingen må være formidler for begge parter i samme handel.

Stk 2. Såfremt en part ikke bistås af egen rådgiver, skal formidleren for den anden part rådgive den pågældende om behov og mulighed for at søge sådan bistand.

Forbrugerorienteret rådgivning

§ 16 Formidlerens rådgivning skal opfylde de krav, der stilles til en sagkyndig ejendomsformidling, som alene er bestemt af parternes interesser og forhold.

Stk 2. Har formidleren en særlig økonomisk eller personlig interesse i, om en handel indgås, eller i parternes valg af finansiering, forsikring eller andre ydelser i tilknytning til omsætning af fast ejendom, skal formidleren gøre begge parter bekendt hermed. Formidleren skal give opdragsgiver oplysning herom i formidlingsaftalen. Formidleren skal give den anden part skriftlig oplysning herom samtidig med, at denne part forelægges de vilkår eller forhold, som formidleren har en særlig interesse i.

Stk 3. Oplysningspligten efter § 7, stk 2, om provision gælder i forhold til begge parter og skal opfyldes som angivet i stk 2.

...

Formidlerens fuldmagt

§ 21 Formidleren kan ikke forpligte opdragsgiveren over for tredjemand uden særskilt fuldmagt.

...

Kap 4. Lovens ufravigelighed

§ 29 Loven og de i medfør af loven udstedte regler kan ikke fraviges til skade for en forbruger.

...

Litteraturförteckning

- Adlercreutz, Axel Avtalsrätt I, 9:e uppl. Juristförlaget i Lund. Lund 1990.
- Ankarswed, Christer Fastighetsmäklarens ansvar enligt 9-14 §§ i lagen (1984:81) om fastighetsmäklare, 1:1 uppl. Konsultförlaget. Uppsala 1994.
- Bengtsson, Bertil Särskilda avtalstyper I, 2:a uppl. P A Norstedt & Söner förlag. Stockholm 1976.
- Cervin, Ulf och Sallnäs, Ulf Fastighetsmäklaren - En kommentar till 1995 års fastighetsmäklarlag, 3:1 uppl. Liber-Hermods AB. Malmö 1995.
- Grauers, Folke Fastighetsköp, 12:e uppl. Juristförlaget i Lund. Lund 1991.
- Grauers, Folke Fastighetsköp, 14:e uppl. Juristförlaget i Lund. Lund 1998.
- Hasselrot, Berndt Juridik och politik, första bandet (omfattande uppsatser ang. pant- och retentionsrätt, sysslomannaskap, tjänstehjonslega och tjänstelega). Förlagsaktiebolagets i Malmö Boktryckeri. Malmö 1920.
- Hellner, Jan Speciell avtalsrätt II, 1 häftet. Särskilda avtal, 2:a uppl. Juristförlaget JF AB, Stockholm 1993.
- Malmström, Åke och Agell, Anders Civilrätt, 14:1 uppl. Liber-Hermods AB. Malmö 1994.
- Modéer, Kjell Åke Historiska rättskällor, 2:a uppl. Nerenius & Santérus Förlag AB. Stockholm 1997.
- Peczenik, Aleksander Juridikens teori och metod, 1:1 uppl. Fritzes Förlag AB. Stockholm 1995.
- Pålsson, Sten och Quitzow, Carl Michael EG-rätten, Ny rättskälla i Sverige, 1:1 uppl. C.E. Fritzes AB. Stockholm 1993.

- Samuelsson, Morten och Søgaaard, Kjeld Rådgiveransvaret. Erstatningsansvar og forsikring for professionelle rådgivere, 1:1 uppl. Forsikringshøjskolens Forlag. Rungsted Kyst 1993.
- Simmonds, Nigel E. Översättning: Lindahl, Lars m fl. Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter, 1:4 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1988. (Tryckt 1996).
- Tamm, Ditlev Romersk rätt och europeisk rättsutveckling, 2:a uppl. Nerenius & Santérus Förlag AB. Stockholm 1996.
- Tiberg, Hugo och Dotevall, Rolf Mellanmansrätt, 8:1 uppl. C E Fritzes AB. Stockholm 1994.

Övriga källor

1. Kommittébetänkanden 4. SvJT, JT, TSA, Karnov

SOU 1981:102
Fastighetsförmedlingslag.
Betänkande av
Småhuskommittén.

Claude Zacharias, SvJT 1992 s. 796
Claude Zacharias, SvJT 1994 s. 561
Sverker Thorslund, SvJT 1994 s. 687, replik
Sven Norberg, SvJT 1995 s. 401

Betänkning nr. 1231
(delbetänkning)
Omsättning af fast
ejendom.
Industriministeriet,
København, Marts 1992.

Jan Kleinman, JT 1990/91 s. 674
Anna Hanberger, JT 1995/96 s. 560

Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, TSA
1982:190

Betänkning nr. 1241 Lov
om omsättning af fast
ejendom. Betänkning
afgivet af
industriministeriets
udvalg vedrørende
omsättning af fast
ejendom.
Industriministeriet,
København, December
1992.

Karnov, lovsamling 5, 1993. Karnovs Førlag,
København. (Citeras Karnov I).
Karnov, lovsamling 5, 1996. Karnovs Førlag,
København.
Karnov, lovsamling 3, 1995. Karnovs Førlag,
København. (Citeras Karnov II).

2. Propositioner

Prop. 1983/84:16
Fastighetsmäklare

Prop. 1994/95:14 Ny
fastighetsmäklarlag

3. Övriga citerade lagförarbeten

Ds 1992:87 Ny
fastighetsmäklarlag

LU 1994/95:33 Ny
fastighetsmäklarlag

Rättsfallsförteckning

1. Nytt juridiskt arkiv 1991 s. 725 NJA 1997 s. 667	NJA	4. Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd Dnr. 537/84 Dnr. 006/86 Dnr. 016/86	
2. Hovrätt DT 2015 mål T 61/89		5. Fastighetsmäklarnämnden Dnr. 20-1047-95, 1996-08-28 Dnr. 20-675-96, 1996-10-16	
3. Tingsrätt DT 28 mål T 9-34-90		Dnr. 20-943-96, 1996-10-28 20-284-95, 1996-11-13 Dnr. 20-561-95, 1996-11-13 Dnr. 20-959-95, 1996-11-13	Dnr.
4. Marknadsdomstolen MD 1984:20		Dnr. 20-997-96, 1997-01-15 20-480-95, 1997-04-28 Dnr. 20-332-97, 1997-05-14 Dnr. 20-3442-96, 1997-06-03 Dnr. 4-999-97, 1997-06-25	Dnr.