



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Johan Montan

Fastighetsmäklarens ansvar

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Bengt-Åke Jönsson

Ämnesområde
Civilrätt

Termin
VT 1998

Innehåll

1 FÖRKORTNINGAR	3
2 AVGRÄNSNING OCH METOD	4
3 KORT HISTORIK	5
3.1 Lagstiftningens framväxt	5
3.2 Förspelet till 1995 års FML	6
3.3 Rättsfallsutvecklingen de senaste decennierna	6
4 FMLS SYFTEN, BEHOVET AV LAGSTIFTNING OCH INNEBÖRDEN AV FASTIGHETSMÄKLARUPPDRAGET	8
4.1 Konsumentskyddet.....	8
4.1.1 Ökade krav på fastighetsmäklaren	8
4.1.2 Mäklarrollen - opartisk mellanman?	8
4.1.3 Utökad tillsyn och kontroll	9
4.2 Vem är fastighetsmäklare?.....	10
4.3 Nya former för fastighetsförmedling	11
5 FASTIGHETSMÄKLARENS CIVILRÄTTSLIGA ANSVAR GENTEMOT UPPDRAGSGIVAREN OCH DENNES MOTPART	12
5.1 Skriftlighetskravet.....	12
5.2 Uppdragsavtalet.....	13
5.2.1 Ensamrättsavtal.....	13
5.2.2 Får mäklaren säga upp uppdragsavtal i förtid?	14
5.3 Omsorgsplikten och god fastighetsmäklarsed	14
5.4 Kan fastighetsmäklaren i alla avseenden vara opartisk?	17
5.5 Handpenningavtal	20
5.6 Redovisningsskyldighet	21
5.7 Förbudet mot självinträde	22
5.8 Förbudet mot handel med fastigheter och annan verksamhet som kan rubba förtroendet	23
5.9 ”Ombudsförbudet”	24
5.10 Rådgivnings och upplysningsplikten	25
5.10.1 Allmänt	25
5.10.2 Säljarens ansvar för mäklarens uppgifter.....	27
5.10.3 Har mäklaren undersökningsplikt?	30
5.10.4 Överlåtelseförsäkring - skyddsnet mot dolda fel.....	34
5.11 Kontrollansvaret	35
5.12 Objektsbeskrivning och boendekostnadskalkyl	38
5.12.1 Objektsbeskrivning	38
5.12.2 Boendekostnadskalkyl	38
5.13 Handlingsplikten och medverkande till upprättande av handlingar	41
6 MÄKLARENS RÄTT TILL ERSÄTTNING	44
7 PÅFÖLJDER FÖR FASTIGHETSMÄKLARE SOM INTE UPPFYLLER SINA CIVILRÄTTSLIGA SKYLDIGHETER	46
7.1 Varning och återkallelse av registrering	46
7.2 Nedsättning av provisionen	47
7.3 Skadestånd.....	48

7.3.1 Vem kan få skadestånd?	48
7.3.2 Förutsättningar för skadestånd.....	49
7.3.3 Jämkning av skadestånd.....	50
7.3.4 Mäklarens regressrätt.....	50
8 SAMMANFATTNING	52
12 KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	54

1 Förkortningar

AN	Ansvarsnämnden i Mäklarsamfundet
AvtL	Avtalslagen
CFD	Centralnämnden för fastighetsdata
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
FML	Fastighetsmäklarlagen
FRN	Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd
JB	Jordabalken
JT	Juridisk Tidskrift
KöpL	Köplagen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop	Proposition
RH	Rättsfall från hovrätterna
SFS	Svensk författningssamling
SvJT	Svensk juristtidning
SOU	Statens offentliga utredningar
TR	Tingsrätten

2 Avgränsning och metod

Uppsatsen kommer att behandla det civilrättsliga ansvaret för fastighetsmäklaren i fastighetsmäklarlagen, hädanefter kallad FML. Huvudsakligen kommer förmedling avseende fastigheter tas upp. Materialet till uppsatsen har varit lagförarbeten, rättsvetenskaplig litteratur, artiklar och praxis. Praxis har jag funnit genom sökningar i rättsbanken och Nytt juridiskt arkiv. Ansvarsnämndens avgöranden har jag hittat i olika sammanställningar. Till viss del har också internet använts.

Stor vikt läggs vid de ansvarsfrågor som ej klart kan utläsas ur lagens förarbeten. Syftet är att klargöra dessa frågor. Uppsatsen inleds med en kort historisk tillbakablick som visar lagstiftningens framväxt och inriktningen på tvistemålsprocesser de senaste årtiondena. Sedan följer en redogörelse av motiv och syften med den nuvarande FML. Under detta kapitel behandlas även definitionen av fastighetsmäklare samt vilka instanser som handhar kontroll och tillsyn i fastighetsmäklarärenden.

Kärnan i uppsatsen utgörs av det ansvar som fastighetsmäklaren har mot sin uppdragsgivare och dennes motpart enligt paragraferna 11-19 i 1995 års FML. För att illustrera rättsläget, speciellt där lagförarbeten och doktrin inte givit något klart svar på omfattningen av fastighetsmäklarens ansvar, används den praxis som finns på området. Frågor som särskilt behandlas är huruvida mäklaransvaret inverkar på ansvarsfördelningen mellan säljare och köpare enligt jordabalkens regler. Egna synpunkter och förslag till lösningar redovisas löpande under de olika ansvarsfrågorna. Detta kommer då tydligt att markeras. Förhoppningen är att förslagen kanske kan tjäna till vägledning för hur fastighetsmäklaren bör agera för att minimera risken för åsidosättande av sina skyldigheter enligt 11-19 §§ FML.

Andra frågor som uppmärksammas är vilka konsekvenser olika handlingssätt kan medföra.

Sista kapitlet i huvudtexten utgörs av en genomgång av de påföljder som träder in när fastighetsmäklaren åsidosatt sitt ansvar.

Slutligen följer en sammanfattning.

3 Kort historik

3.1 Lagstiftningens framväxt

Mäklarinstitutionen är av gammalt ursprung. Redan i antikens Rom var mäklarväsendet väl utvecklat. De romerska mäklarna var talrika och uppträdde inte enbart som förmedlare av affärstransaktioner utan även i andra sammanhang. Under folkvandringstiden avbröts den romerska mäklarrättens utvecklingen. Den mäklarrätt som utvecklades under medeltidens senare del har ingen direkt anknytning till den romerska. Nya samhällsförhållanden krävde andra regler. Mäklarna skulle vara opartiska och fick inte bedriva egenhandel. Parterna var vanligen skyldiga att betala hälften var av den av det allmänna bestämda mäklarlönen.

De äldsta mäklarinstitutionerna från Norden är från mitten av 1600-talet. På mäklarens person ställdes krav på att han skulle vara hederlig och ha genomgått ett särskilt kunskapsprov. Mäklarens arbetsområde var dock mer inskränkt än nu. Fastighetsförmedling sköttes ännu inte av mäklare. Detta var advokaternas och sakförarnas uppgift, beroende på de rättsliga komplikationer som var förenade med fastighetsöverlåtelser. Fastighetsomsättningen var för övrigt så låg att marknaden inte bar upp en fastighetsmäklare.¹

I Sverige återfinns de tidigaste författningsbestämmelserna om mäklare i ”Kongl. Maj:ts Mäklare-Ordning den 6 juli 1720” undertecknad av Fredrik I. Genom denna lagfästes ett mäklarmonopol som kom att gälla fram till mitten av 1800-talet. För fastighetsmäklari skulle mäklarlönen vara ½ procent av köpesumman och skulle betalas med hälften var av köpare och säljare. Uppträdde mäklare bedrägligt skulle han svara för uppkommen skada. Han hade dessutom tystnadsplikt och var helt förbjuden att driva egenhandel. Mäklar-Ordningen bytte skepnad två gånger under 1800-talet och även om den gällde för fastighetsmäklare tillämpades den sällan eller aldrig. Frågan om reglering av den yrkesmässiga fastighetsförmedlingen väcktes 1921 av svenska egendomsmäklarföreningen. Detta ledde dock ej till någon åtgärd från statsmakternas sida.²

Med ökad omsättning av fastigheter och genom att mäklarens verksamhetsområde breddades ökade också kraven på lagstiftning. 1947 kom en kungörelse om auktorisation av fastighetsmäklare. Denna var dock frivillig och innehöll endast näringsrättsliga regler. Det fanns följaktligen inget krav på auktorisation för att agera som fastighetsmäklare. Vad som gällde för fastighetsmäklaren civilrättsligt fick utläsas ur Högsta domstolens avgöranden. Denna rättspraxis var till vissa delar ganska omfattande. Många fall behandlade provisionstvister, en del fall var föråldrade och vissa frågor saknade avgöranden från HD. Kort sagt var rättspraxis på området ganska svåröverskådlig. Detta bidrog till att lagstiftningsbehovet ännu fanns kvar.³ 1975 tillsattes en kommitté vars uppgift var att utreda frågorna kring konsumentens ställning i samband med överlåtelse av småhus. Syftet var att utreda förutsättningarna för att lagreglera mäklarnas verksamhet. Kommittén avlämnade sitt

¹ SOU 1981:102 s 38

² SOU 1981:102 s 38 ff

³ SOU 1981:102 s 75 f

betänkande för remissbehandling. Kritiken var i flera avseenden massiv.⁴ Det som är intressant för denna uppsats är de civilrättsliga förslagen i betänkandet. Remissinstanserna riktade där kritik mot att mäklaren skulle inta en opartisk ställning i förhållande till båda parter och att mäklarens undersöknings- och upplysningsplikt var för långtgående. Remissinstanserna framhöll även att säljarens ansvar för fel i fastighet borde inte kunna övervältras på mäklaren. Lagen antogs dock och trädde i kraft den 1 juli 1984. Denna lag innehöll en näringsrättslig del och en civilrättslig.

3.2 Förspelet till 1995 års FML

Behovet av förnyad lagstiftning efter införandet av 1984 års FML upphörde ej. Under slutet av 80-talet steg antalet fastighetsöverlåtelser markant och priserna ökade. Huvuddelen av överlåtelserna förmedlades av fastighetsmäklare. Antalet mäklare ökade därför kraftigt. I en motion 1988 framfördes yrkanden om översyn av FML.⁵ Det ansågs att lagen inte hade fått önskad effekt. Motionärerna pekade på en rad problem;

- det fanns ingen definition på begreppet ”god fastighetsmäklarsed,”
- vitesföreläggandet för oregistrerade mäklare var inget effektivt instrument,
- länsstyrelsens tillsyn över mäklare var otillräcklig p.g.a. oklarheter i lagstiftningen och brist på resurser,
- alltför många tvister måste lösas domstolsvägen. Därför ställdes krav på ett tvistlösande institut.

Så gott som alla remissinstanser stödde motionärernas önskemål om översyn av lagen.

3.3 Rättsfallsutvecklingen de senaste decennierna

Bristen på civilrättslig lagreglering och oklarheter i 1984 års FML fick fyllas ut genom domstolsavgöranden. Detta var nödvändigt för att gällande rätt skulle svara mot de rådande förhållandena i samhället. Anhopningar av rättsfall på vissa områden var dock en indikator på att lagen på dessa områden var otillräcklig. Nackdelen med alltför mycket rättsfallsutfyllnad av lagen var att det ur ett konsumenträttsligt perspektiv blev svårare att överblicka gällande rätt. De erfarenheter som vunnits under den tid då den gamla lagen var i kraft hade visat att det fanns tillfällen då lagen inte räckte till.

⁴ Prop 1983/84:16 under avsnitt 2.3 och 2.4

⁵ Prop 194/95:14 s 10

De svenska rättsfallen handlar fram till mitten av 1980-talet nästan uteslutande om provisionstvister.⁶ Därefter har tvisterna ändrat karaktär till att handla om s.k. ytavvikelser och nu i mitten av 90-talet koncentreras rättsfallen till boendekalkyler och dess avfattande.

⁶ SvJT 1984 s 158

4 FMLs syften, behovet av lagstiftning och innebörden av fastighetsmäklaruppdraget

4.1 Konsumentskyddet

En god standard inom mäklarkåren är av stor vikt eftersom fastighetsöverlåtelser, i vart fall för privatpersoner, inte sällan är förenade med komplicerade juridiska regler. Det huvudsakliga syftet med lagstiftningen om fastighetsmäklare är att ställa upp sådana villkor för den yrkesmässiga fastighetsförmedlingen som behövs för att enskilda personer skall få ett tillfredsställande skydd. Det är även så att en kvalificerad mäklarkår gynnar omsättningen av fastigheter genom att säljares och köparens kontakter med myndigheter underlättas och genom att antalet tvister blir färre.⁷ Den gamla FML uppställde visserligen sådant skydd. Som ovan påpekats hade dock denna FML i vissa avseende brister som framhållits i motioner. Även i andra sammanhang t.ex. genom massmedierna och brev har framförts synpunkter på brister i lagstiftningen. En analys av de olika synpunkterna visar att det huvudsakligen rör sig om tre övergripande problem:

- Vilka krav som skall ställas på fastighetsmäklare.
- Huruvida mäklaren kan vara en opartisk mellanman.
- Tillsynen över fastighetsmäklarna.

Målet med den nya FML har varit att försöka komma tillrätta med dessa problem. I kapitlet nedan presenteras förslagen.

4.1.1 Ökade krav på fastighetsmäklaren

Angående utbildningskravet på fastighetsmäklare så anförde juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet att särskilda utbildningskrav bör gälla för fastighetsmäklare som åtar sig större uppdrag. Mäklarsamfundet framförde förslag om högskoleutbildning för fastighetsmäklare.⁸ Även om regeringen fann denna fråga viktig ansåg man att missförhållandena i mäklarbranschen i första hand borde lösas med tydligare civilrättsliga handlingsregler för hur mäklarna skall uppträda och en satsning på tillsynsfunktionen.⁹

4.1.2 Mäklarrollen - opartisk mellanman?

En annan fråga som har nära samband med konsumentskyddet är fastighetsmäklarens roll som mellanman. Mäklarens främsta uppgift är att sammanföra parterna. Han skall i princip vara opartisk och ta tillvara både uppdragsgivarens och dennes motparts intressen. Redan sammanförandet ger mäklaren rätt till provision. Provisionen utbetalas av mäklarens uppdragsgivare och inte som i den gamla Mäklare-Ordningen, av bägge parter. Det

⁷ Prop 1994/95:14 s 13

⁸ Prop 1994/95:14 s 31

⁹ Prop 1994/95:14 s 14

förhållandet att mäklaren har en uppdragsgivare och att denne betalar provisionen gör det svårt för mäklaren att inta en opartisk ställning. Frågan är om det kan krävas att fastighetsmäklaren skall leva upp till ställningen som en opartisk mellanman eller om det skall vara möjligt för fastighetsmäklaren att i första hand uppträda som företrädare för uppdragsgivaren. Lagstiftaren har kraftigt anslutit sig till det första alternativet.¹⁰

Till frågor om mäklarrollen hör om mäklaren skall ha rätt till självinträde eller rätt att förena mäklarsysslan med annan verksamhet. Jag kommer att behandla dessa frågor under det civilrättsliga avsnittet.

4.1.3 Utökad tillsyn och kontroll

Vid stiftandet av nya FML rådde det enighet om att de dåvarande resurserna för tillsyn och kontroll över fastighetsmäklare var otillräckliga. Genom 1984 års FML anförtröddes länsstyrelserna, i konkurrens med kommerskollegium, att ta hand om kontroll och tillsyn. Motivet till detta var att länsstyrelserna var regionalt representerade och att det p.g.a. statsfinansiella skäl ansågs vara resursfrämjande.¹¹ Som tidigare sagts ökade antalet registrerade mäklare i slutet på 80-talet. Länsstyrelsernas arbetsbörda ökade då och prioritering gavs åt registreringsärenden. Det egentliga tillsynsarbetet blev därför eftersatt. För att råda bot på problemet var de två stora mäklarorganisationerna, Mäklarsamfundet och Fastighetsmäklarförbundet, villiga att i samarbete sätta upp och ta ansvar för en ny och oberoende organisation som skulle kunna utöva tillsyn över de mäklare som valde att underkasta sig en sådan organisation. Kontrollorgan för de mäklare som inte ville ingå i organisationen skulle fortfarande vara länsstyrelserna. De två branschorganisationerna kunde dock inte enas om en gemensam modell för tillsynen. Flera remissinstanser var positiva till att en branschorganisation skulle handha kontrollen. Majoriteten var dock kritisk. Bl.a. Konkurrensverket och Kommerskollegium menade att förslaget om ett auktorisationssystem, där branschorganisationen hade hand om tillsyn och kontroll, innebar att rätten till fri näringsutövning inskränktes. Nya mäklare skulle få svårt att etablera sig då de som var anslutna till branschorganisationen på ett negativt sätt skulle inverka på nya mäklares möjligheter till inträde i branschföreningen.

Flera remissinstanser ansåg också att det låg en fara i att kontrollen skulle anförtröas åt mäklarna själva på så sätt att det skapar ett trovärdighetsproblem. Konsumentverket menade att detta skulle innebära nackdelar för konsumenterna genom risken för lojalitetskonflikter. Branschorganisationen skulle ha svårt att utesluta en betalande medlem. Detta skulle leda till att de disciplinära åtgärderna blev för milda. En annan konsumentnackdel var att besluten i organisationen inte skulle bli offentliga och därmed skulle konsumenternas möjlighet att själva kontrollera bli begränsade. Många remissinstanser menade också att uppdelningen av tillsyn och kontroll mellan ett offentligt och ett privat organ kunde komma att skapa förvirring. Främst genom kompetenskonflikter och olika praxis av de olika organen.

¹⁰ Prop 194/95:14 s 14, annorlunda Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s119. Zacharias anser att begreppet ”opartisk mellanman” är ett olämpligt begrepp i detta sammanhang. Han menar att det är naturligt för en säljare av ett objekt att förvänta sig att den uppdragsmottagande fastighetsmäklaren vid sitt genomförande av uppdraget medvetet eller ej, tar störst hänsyn till sin uppdragsgivares önskemål.

¹¹ Prop 1994/95:14 s 18 f

Regeringen pekade på fördelarna med att en branschorganisation ville åta sig kontrollen. Framför allt skulle det bli billigare genom att offentliga medel frigjordes. De som skulle sköta tillsynsfrågorna skulle också ha goda teoretiska och praktiska specialkunskaper inom området. Trots detta förordade regeringen att kontrollen och tillsynen i fortsättningen skulle handhas av en myndighet. Det som fällde avgörandet var att branschorganisationerna inte kunde enas om en gemensam modell.

Vilken myndighet skulle då utöva registrering och tillsyn? Länsstyrelserna hade ju ditintills inte kunnat utöva någon tillfredsställande tillsyn. Tillsyn genom handelskamrarna var inte heller ett lämpligt alternativ eftersom de stod under tillsyn av en annan myndighet. Inte heller Konsumentverket kunde komma ifråga eftersom FML inte enbart gäller konsumentförhållanden. Kommerskollegium skulle omorganiseras. Kammarkollegiet var ett tänkbart alternativ men eftersom kollegiet i sin verksamhet själv anlidade fastighetsmäklare, så var detta inte heller något bra alternativ. Regeringen fann att den lämpligaste lösningen var att skapa en ny organisation, Fastighetsmäklarnämnden.¹²

4.2 Vem är fastighetsmäklare?

Med fastighetsmäklare avses i lagen endast *fysiska personer*, dvs. människor. Ett vanligt missförstånd bland uppdragsgivare är att ett mäklarföretag är fastighetsmäklare men så är alltså inte fallet. Denna regel medför att arbetsgivaren inte har något principalansvar (arbetsgivaransvar) för sina mäklare.¹³ Om uppdragsgivaren ej anser att fastighetsmäklaren uppfyllt sina förpliktelser enligt lagen skall han därför inte rikta sina anspråk mot mäklarföretaget utan direkt mot mäklaren.¹⁴ Mäklarföretaget kan inte bedriva yrkesmässig fastighetsförmedling. Ett mäklarföretag som får i uppgift att förmedla en fastighet av en uppdragsgivare har i sin tur i uppdrag att anvisa uppdragsgivaren en fastighetsmäklare. Den eller de mäklare som åtar sig mäklarsysslan har sedan ett personligt skadeståndssanktionerat ansvar direkt mot uppdragsgivaren. P.g.a. detta har mäklaren en ansvarsförsäkring som skall täcka eventuella skadestånd. Ansvarsförsäkringen är också ett krav för att mäklaren skall bli registrerad och kunna bedriva yrkesmässig fastighetsförmedling.¹⁵

Det är naturligtvis inte mäklaren som säljer fastigheten. Mäklaren förmedlar kontakter mellan en säljare och köpare och för de tjänsterna får han betalt. Därmed är vi inne på det andra kravet för FMLs tillämplighet, det skall för mäklarens del vara fråga om ett *förmedlande*. Det är därför viktigt för mäklaren att han uppträder på ett sådant sätt så att han inte framstår som en säljare utan som en mellanman vars uppgift är att föra säljare och köpare samman. Den mäklare som åtar sig att ett uppdrag för ena partens räkning, säljare eller köpare, omfattas inte av lagen. Inte heller om mäklare åtar sig ett försäljnings- eller köpuppdrag gäller mäklarlagen. Om mäklaren handlar med stöd av fullmakt från sin uppdragsgivare är han inte heller skyldig

¹² Prop 1994/95:14 s 25

¹³ Arbetsgivaransvaret innebär att arbetsgivaren blir ansvarig för skador som arbetstagaren vållar i tjänsten, oavsett om skadan drabbar andra anställda i företaget eller utomstående personer.

¹⁴ Detta framgår av Göta Hovrätts dom 1989-02 23.

¹⁵ FML 6§ 2 p

att iaktta mäklarlagens handlingsregler gentemot uppdragsgivarens motpart. Dessutom kan inte FMLs skadeståndsbestämmelser tillämpas mot en sådan mäklare.¹⁶ I samband med ett uppdrag biträder fastighetsmäklaren inte enbart med förmedling. Han bistår även med rådgivning av juridisk och ekonomisk natur och upprättande av köpehandlingar. Sådan verksamhet är inte förmedling enligt lagen. Den som yrkesmässigt ägnar sig åt *enbart* sådan verksamhet, exempelvis juridisk konsultationsverksamhet, omfattas inte av FML.

Det tredje kravet är att mäklaren skall vara *yrkesverksam*. Så är fallet med mäklare som bedriver affärsmässigt organiserad verksamhet. Näringsidkare som bedriver annan verksamhet kan emellertid någon gång omfattas av lagen. Av särskild betydelse i dessa fall är om förmedlingen är en återkommande verksamhet. Om en advokat vid något enstaka tillfälle förmedlar en fastighet kan lagen ej anses tillämplig. Gränsen för vad som anses vara yrkesmässigt går någonstans vid tre-fyra förmedlingar per år. Annorlunda blir fallet om näringsidkaren vänder sig till allmänheten med t.ex. en annons om fastighetsförmedling. Vid ett sådant fall kan det räcka med en enda förmedling för att näringsidkaren skall omfattas av lagen.¹⁷ I begreppet yrkesmässigt ligger också att uppdraget skall utföras av en näringsidkare. Därmed avskärs verksamhet som utgör ett led i myndighetsutövning från lagens tillämpningsområde.

4.3 Nya former för fastighetsförmedling

Den traditionella fastighetsförmedlingen har gått till på så sätt att säljaren tar kontakt med en mäklare. Denne mäklare samlar sedan in information om fastigheten genom egna undersökningar och genom säljarens uppgifter. Sedan annonseras fastigheten ut i fastighetsmäklarens skyltfönster och i tidningen. På senare tid har nya förmedlingsformer dykt upp. Det nya informationsteknologin har gjort det möjligt att annonsera ut fastigheter på internet för en betydligt lägre kostnad. För de konsumenterna som har tillgång till internet har konsumentskyddet förbättrats avsevärt. De två stora mäklarorganisationerna, Mäklarsamfundet och Fastighetsmäklarförbundet, ger i sina websidor råd och tips som köpare och säljare bör tänka på innan fastighetsaffären. Det redovisas även för hela fastighetsaffärens förlopp från början till slut. Dessutom redogörs för mäklarens skyldigheter. Även förenklade former för fastighetsförmedling finns. Posten har t.ex. tjänster under parollen, ”mäkla din bostad själv.” Tanken är där att mäklaren bara skall hjälpa till med det allra nödvändigaste.

Alldeles säkert kommer användningen av informationsteknologin att öka markant de närmaste åren. Enligt min uppfattning är denna utveckling mycket positiv. Köpare och säljare får mer ”kött på benen” innan de kontaktar mäklaren. Kostnaderna för förmedling minskar dels genom att mycket av ”förarbetet” kan göras av köparen och säljaren själva, dels genom att mäklarna lättare kan nå ut till sina kunder. Jag tror därför att omfattningen av mäklarens uppdrag kommer att minska de närmaste åren. Om detta kommer att leda till några lagändringar får framtiden utvisa.

¹⁶ Prop 1994/95:14 s 48

¹⁷ Prop 1983/84:16 s 28

5 Fastighetsmäklarens civilrättsliga ansvar gentemot uppdragsgivaren och dennes motpart

5.1 Skriftlighetskravet

Med 1995 års FML infördes ett krav på att uppdragsavtalet skulle vara skriftligt. Det huvudsakliga motivet var att stärka konsumentskyddet vid ensamrättsavtal för mäklaren.¹⁸ Ett ensamrättsavtal har fördelar både för mäklare och uppdragsgivare. Mäklaren har ensamrätten till uppdraget och kan därigenom gynna sin uppdragsgivare genom att han kan lägga ner mer arbete på uppdraget utan att riskera att bli av med det. Därför är det naturligt att ensamrättsavtal eftersträvas. Ensamrättsavtal innebär dock vissa risker för konsumenten. Det står att läsa i propositionen: ”Det är inte ovanligt att den som lämnat ett uppdrag till en mäklare inte har förstått skillnaden mellan ett uppdragsavtal som är förenat med ensamrätt för mäklaren och ett avtal som inte ger mäklaren en sådan rätt. Det förekommer också att uppdragsgivaren inte har förstått vilka skyldigheter han har gentemot mäklaren vid ensamrättsavtal.¹⁹ Ett skriftlighetskrav skulle öka incitamenten för konsumenten att sätta sig in i avtalet och därför stärka konsumentskyddet.”²⁰ Frågan vid stiftandet av nya FML var om skriftlighetskravet skulle gälla generellt för hela uppdragsavtalet eller enbart skulle avse vissa avtalsmoment. Ett skriftlighetskrav har generellt sett många fördelar. Det skapar ordning och reda, parterna förstår bättre villkoren för uppdragets utförande, bevisproblem motverkas liksom risken för framtida tvister.

Enligt min mening är ett generellt skriftlighetskrav en fördel för båda parter. Genom att hela avtalet är skriftligt är det lättare att överblicka. Svårigheten att avgöra vad som skall vara skriftligt och vad som kan vara muntligt har undanröjts, allt är skriftligt. Det kan mycket väl vara så att något som vid avtalsslutet ingicks muntligen då kunde te sig obetydligt för att sedan få ödesdigra konsekvenser. Skriftlighetskravet är avsett att skydda konsumenten men det skyddar även fastighetsmäklaren genom att han vet vad han skall ansvara för gentemot sin uppdragsgivare och genom att uppdragsgivarens förpliktelser mot mäklaren fastställs. Fastighetsmäklarens nytta av skriftlig dokumentation framgår av ett avgörande från Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd som rörde en provisionstvist.²¹ Köparen förvärvade genom sitt bolag en lägenhet i Spanien av ett svenskt bolag. Köparen gjorde gällande att det svenska bolagets ställföreträdare X i egenskap av mäklare förmedlat lägenheten. X invände att han inte agerat som mäklare utan förmedlingen kommit tillstånd genom en tredje person Y. Köparen hade kommit i kontakt med X efter ett informationsmöte med Y. Köparen och X hade dock själva genomfört kontraktsskrivning och betalning hade gått direkt till X. FRN meddelade i sitt beslut att det är köparen som har bevisbördan för att X uppträtt som mäklare. Ord stod mot ord och köparen kunde inte bevisa att X uppträtt som mäklare. Om det i avtalet skriftligen hade preciserats vilken roll X hade så hade denna tvist kunnat undvikas. Kontentan är att ett skriftlighetskrav leder till att mindre problem uppstår efter avtalsslutet och om problem uppstår så kan man snabbare komma fram till en lösning.

¹⁸ Prop 1994/95:14 s 37 f

¹⁹ Vilka skyldigheter som uppdragsgivaren har vid ensamrättsavtal redogörs för nedan.

²⁰ Prop 1994/95:14 s 38

²¹ FRN dnr 04/92

Vad händer om någon del av avtalet trots allt ingås muntligen? Skall avtalet i den delen anses ogiltigt? Den genomgående tanken i lagen är att förbättra villkoren för konsumenten. Att visst avtalsinnehåll är muntligt behöver ingalunda betyda att det är oförmånligt för konsumenten. Det kan vara så att mäklaren utfört stora delar av uppdragsavtalet. Skulle avtalet då förklaras ogiltigt för att vissa delar är muntliga så skulle detta drabba konsumenten. Lagstiftaren har löst detta problem genom att föra in en bestämmelse om att muntliga villkor inte får åberopas av mäklaren. Mäklaren som genom sin erfarenhet om fastighetsaffärer har lättare att bedöma vad som är viktigt avtalsinnehåll får därigenom incitament att se till att avtalet blir skriftligt för att skydda sig själv. Muntliga avtalsvillkor är inte ogiltiga men de får åberopas endast av konsumenten.²²

Det är således viktigt att observera att mäklaren inte får åberopa muntliga avtalsvillkor. Detta innebär dock inte att mäklaren är förhindrad av att i den mån inget avtalats, åberopa lagens bestämmelser. Det skall också uppmärksammas att reglerna är tvingande endast i konsumentförhållanden. Om parterna är näringsidkare står det dem fritt att träffa ett muntligt avtal och ingen av dem är förhindrad av att åberopa muntliga avtalsbestämmelser. Detta följer av FMLs 4 §: ”Om inte annat anges i det följande, får bestämmelserna i denna lag inte frångås till nackdel för konsument”. Av denna paragraf framgår även att det kan finnas undantag. 11 § innehåller ett sådant undantag. Överenskommelser om *ändring av förmedlingsobjektets pris* och andra *köpevillkor* för överlåtelsen eller upplåtelsen får åberopas av mäklaren i konsumentförhållanden.²³ För att detta inte skall missförstås måste klargöras att ändringar och tillägg i själva *uppdragsavtalet* omfattas av skriftlighetskravet. Att undantaget i 11 § finns beror på att det kan förekomma situationer när uppdragsgivaren snabbt vill få till en ändring av något villkor som avser förmedlingsobjektet. Det är de situationerna som undantaget syftar på. En mäklare kan per telefon således träffa avtal med en presumtiv köpare, men detta gäller enbart de delar av förmedlingsuppdraget, vari uppdragsgivaren kan ha preciserat det minimipris eller de köpevillkor han är beredd att acceptera. Alla andra förändringar omfattas av skriftlighetskravet.²⁴ Har ett förmedlingsavtal fått ett annat innehåll till följd av en muntlig överenskommelse får mäklaren vara beredd att lägga fram en utredning om den muntliga ändringen av det ursprungliga uppdragsavtalet. Mäklaren har således bevisbördan för muntliga avtal.

5.2 Uppdragsavtalet

5.2.1 Ensamrättsavtal

Det finns två typer av uppdragsavtal, de som gäller med ensamrätt och de som inte gör det. Om fastighetsmäklaren kan knyta sin uppdragsgivare till sig i ett ensamrättsavtal så kan han med full kraft ägna sig åt uppdragsgivaren utan att riskera att förlora provisionen om någon annan förmedlar objektet till försäljning.²⁵ Om uppdragsgivaren lyckas sälja fastigheten utan mäklarens hjälp är han ändå tvungen att betala provision till denne. Vad gäller övriga

²² Prop 1994/95:14 s 38

²³ Min kursivering.

²⁴ Prop 194/95:14 s 74 f. Huruvida detta strider mot ombudsförbudet behandlas under kap 3.5

²⁵ FML 21 § 3st

uppdragsavtal kan flera mäklare anlitas. Uppdragsgivaren kan dock inte räkna med någon större arbetsinsats hos mäklaren vid ett sådant uppdrag.

Ensamrättsavtalet skall vara skriftligt. Tiden för ensamrätten får högst vara tre månader åt gången. För att syftet med tremånadersregeln inte skall förfelas innehåller 11§ 2 st en regel som innebär att ensamrättsavtalet får förlängas tidigast en månad innan uppdragsavtalet upphör att gälla. Om ett villkor om längre giltighetstid än tre månader tas in i ett ensamrättsavtal kommer avtalets giltighet upphöra efter tre månader från avtalstillfället.

5.2.2 Får mäklaren säga upp uppdragsavtal i förtid?

Huvudregeln vad gäller alla avtal är att de skall hållas. Har mäklaren ett ansvar mot uppdragsgivaren att alltid fullfölja avtalet? I verkligheten kan uppstå situationer som gör att ett fullföljande av avtalet negativt drabbar både mäklare och uppdragsgivare. Ett fall från Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd illustrerar detta.²⁶ Mellan en mäklare och en uppdragsgivare ingicks ett uppdragsavtal den 23 februari att gälla fram till den 20 maj. Den 23 mars sade dock mäklaren upp avtalet. Säljaren hävdade att mäklaren skulle fullföljt avtalet medan mäklaren hävdade att förutsättningarna för avtalet hade förändrats så till den grad att detta motiverat att han sagt upp avtalet i förtid. Av handlingarna i ärendet framkom att parternas förtroende för varandra snabbt ryckts undan. Orsaken var svår att utreda, men sannolikt var båda parter delaktiga till att en meningsfull uppdragsrelation upphört. Mot den bakgrunden hade det varit meningslöst om mäklaren fortsatt som uppdragstagare under ytterligare två månader. Nämnden ansåg det vara mer lojalt av mäklaren att säga upp avtalet. Uppdragsgivaren kunde då istället anlita en annan mäklare för uppdraget. Alternativet hade varit att mäklaren stod kvar som uppdragsgivare till avtalstidens slut utan att göra några ordentliga insatser för att få fastigheten såld. Nämnden ansåg således att mäklaren inte kunde förebrås för att han sagt upp avtalet.

Huvudregeln är fortfarande att avtal skall hållas men tungt vägande skäl kan motivera en uppsägning från mäklaren istället för att hålla fast vid ensamrättsavtalet och därmed ”låsa upp” uppdragsgivaren.²⁷ I konsekvens med detta kan också uppdragsgivaren säga upp ett uppdragsavtal. Denne riskerar dock att ändå utbetala provision till mäklaren.²⁸

5.3 Omsorgsplikten och god fastighetsmäklarsed

FMLs 12§ 1 st lyder så här: ”Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iaktta god fastighetsmäklarsed. Mäklaren skall därvid tillvarata både säljarens och köparens intresse.” Kravet på omsorgsfullhet har haft sin framväxt genom en allt mer ökande arbetsbörda för mäklaren. Utöver själva förmedlingsuppdraget har denne numera hand om marknadsföring och diverse rådgivning. Mäklarsysslan har utbyggt från att ha varit ett rent

²⁶ FRN dnr 111/94

²⁷ Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 116 f

²⁸ Se vidare under kap Mäklarens rätt till provision.

förmedlingsarbete till både förmedlings- och rådgivningsarbete, i vart fall i konsumentförhållanden²⁹. Vad innebär då omsorgsplikten mer konkret? Gäller den både gentemot uppdragsgivaren och dennes motpart? Förarbetena ger en ganska obestämd bild av vad omsorgsplikten egentligen innebär³⁰. Det sägs att mäklaren skall visa den omsorg och fullgöra de plikter i övrigt som seriösa fastighetsmäklare i allmänhet iakttar. Detta betyder i första hand att mäklaren skall fullgöra de skyldigheter han har enligt lag. Utöver detta tillkommer övriga uppgifter som normalt får anses ingå i ett mäklaruppdrag. Härvid är avtalet mellan mäklaren och uppdragsgivaren av betydelse. Om t.ex. avtalet begränsas till att endast avse anvisning av en spekulant, kan inte mäklaren anses ha några andra förpliktelser.

Vidare sägs i förarbetena att omsorgsplikten innefattar ett krav på tillbörlig skyndsamhet. Detta gäller dock främst avtal som är förenade med ensamrätt för mäklaren eller där mäklaren har ett timarvode. Vad beträffar sedvanliga provisionsavtal utan ensamrätt så gäller skyndsamheten inte i den del som gäller anvisning av spekulanter. Mäklarens ”runtomkringsarbete” dvs. rådgivning, kontraktsskrivning o.d., skall dock alltid utföras utan onödigt dröjsmål.

Som kanske har framgått ovan så hänför sig omsorgsplikten till uppdragsgivaren. God fastighetsmäklarsed hänför sig till både säljare och köpare. Detta kan sägas vara skillnaden mellan omsorgsplikten och god fastighetsmäklarsed.³¹

Utöver kravet på omsorgsplikten skall fastighetsmäklaren sålunda iaktta god fastighetsmäklarsed. Denna skyldighet gäller mot både säljare och köpare. Vad innebär då god fastighetsmäklarsed? En vag beskrivning i förarbetena anger att det får anses vara vad som i allmänhet anses vara god sed i affärsförhållanden.³² God fastighetsmäklarsed skall kompletteras med etiska regler från mäklarorganisationerna. Att begreppet god fastighetsmäklarsed valdes som övergripande handlingsnorm berodde främst på att det ansågs olämpligt att låsa fast mäklarplikterna genom att detaljreglera dem i lag. Det ansågs finnas ett värde i att kraven kunde utvecklas och förändras över tiden. Istället skulle lagen ange mäklarens grundläggande skyldigheter och i övrigt hänvisa till god fastighetsmäklarsed. Utvecklingen i branschen, riktlinjesöverenskommelser mellan konsumentverket och mäklarorganisationerna, organisationernas rekommendationer samt rättspraxis fick styra begreppet.³³

I förarbetena har uppmärksamats några förhållanden som skall ställas i relation till god fastighetsmäklarsed nämligen i vilken omfattning mäklaren kan använda sig av oregistrerade medhjälpare, skyldigheten att redovisa spekulanter och huruvida låneförmedling är tillåten.³⁴

²⁹ Cervin, Sallsnäs, Fastighetsmäklaren - en kommentar till 1995 års FML, 1995, s 67

³⁰ Prop 1983/84:16 s 36

³¹ Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 128

³² Prop 1983/84:16 s 36

³³ Prop 1983/84: 16 s 36 f

³⁴ Prop 1994/95:14 s 43 ff

Det finns en möjlighet för *oregistrerade medhjälpare* att under mäklarens överinseende och på dennes ansvar utföra visst arbete som hör till förmedlingsuppdraget. Praxis är dock mycket skiftande när det gäller användningen av oregistrerade medhjälpare. Huvudskälet är nog att det råder osäkerhet om var gränsen går för de uppgifter som en mäklare får lämna över till en medarbetare eller omvänt, om vilka uppgifter i förmedlingsuppdraget som är så betydelsefulla att de bör utföras av mäklaren själv. Det finns därför anledning att ta upp gränsdragningen till diskussion. Oavsett om mäklaren använder sig av oregistrerade medhjälpare så är det alltid mäklaren som ansvarar för att uppdraget utförs på ett korrekt sätt. Man kan då fråga sig om säljare eller köpare i vissa delar av förmedlingen skall vara hänvisade till ett biträde som i vart fall formellt inte besitter den kompetens som krävs för yrkesmässig fastighetsförmedling. Mäklaren säljer en kvalificerad yrkestjänst. Därför har köparen och säljaren rätt att förvänta sig att de kommer i kontakt med en kunnig och opartisk fastighetsförmedlare. Om mäklare använder sig av en oregistrerad medhjälpare måste det därför klart framgå att denna endast agerar som bud åt mäklare. Kärnan i förmedlingsuppdraget utgörs av att skaffa uppdragsgivaren en lämplig avtalspart. Marknadsföringen och visningen är av avgörande betydelse för säljarens möjlighet att välja avtalspart. Många mäklare fäster därför stor vikt vid de första kontakterna med spekulanterna. Visningen av fastigheten är i det sammanhanget en särskilt viktig händelse. Visningen kan antingen vara ”öppen”. Den är då öppen för alla som vill komma att titta på fastigheten, spekulanter eller sådana som bara är nyfikna. En sådan visning lämpar sig inte för ett mer ingående informationsutbyte. En sådan visning bör därför kunna överlåtas till en oregistrerad medhjälpare förutsatt att det framgår att medhjälparen inte är mäklare. En visning kan också vara ”riktad”. Denna visning ordnas för personer som visat intresse för att köpa fastigheten. Sådana visningar bör handhas av en mäklare. Tydlig och vederhäftig information vid de första kontakterna med intresserade köpare kan i många fall förhindra att ett fastighetsköp sluts på felaktiga grunder. Erfarenheten har nämligen visat att köpare i många fall förlitat sig på felaktig information som givits på visningen. Saken har sedan inte tagits upp i köpekontraktet eller ens berörts vid avtalsförhandlingarna. Det är därför en viktig del av mäklarens uppdrag att se till att riktig information ges vid de första kontakterna.³⁵

En annan sak är att uppdragsgivaren själv vidtalar någon som kan visa fastigheten. Mäklaren behöver då inte närvara vid visningen eftersom det är säljaren som lämnat uppdraget att visa fastigheten. Det finns då heller ingen risk för att den som utför visningen ger intryck av att vara mäklare.

De moment som hör till uppdragets fullgörande som prisfrågan, andra överlåtelsevillkor och den grundliga genomgång av hela överlåtelseavtalet, bör givetvis inte heller överlåtas till en medhjälpare. Om fastighetsmäklaren skall delegera arbetsuppgifter till en medhjälpare skall det röra sig om uppgifter som inte är centrala för förmedlingsuppdraget. Dessutom måste mäklaren vid sådan delegering alltid ha kontroll över utförandet och vid behov själv kunna ingripa.

En annan fråga som hänför sig till god fastighetsmäklarsed är *skyldigheten att redovisa spekulanter*. Mäklaren kan ha ett intresse av att undanhålla en spekulant till förmån för en annan då den senare själv avser att sälja sin tidigare fastighet och därför kan ge mäklaren ett

³⁵ Prop 1994/95:14 s 44 f

nytt förmedlingsuppdrag. Det är ingen tvekan om att en mäklare som uppträder på ett sådant sätt är olämplig för yrket. Enligt god fastighetsmäklarsed måste därför mäklaren redovisa alla spekulanter som visat intresse av att förvärva fastigheten. Efter att detta har skett finns naturligtvis inget som hindrar att fastighetsmäklaren ger säljaren råd inför valet av avtalspart. Ibland kan det dock vara svårt för mäklaren att veta vem som är spekulant. En person som inte ger sig tillkänna kan inte räknas som spekulant. Om någon däremot lämnar namnuppgift och framför en konkret vilja att förvärva fastigheten måste han anses vara spekulant.³⁶

Banker och finansbolag som ägnar sig åt bostadsfinansiering har under senare år i betydande omfattning träffat avtal med fastighetsmäklare om ersättning för förmedling av lån till köpare eller erbjudit mäklare sådan ersättning. Utsikterna för en köpare att få lån är oftast av avgörande betydelse för en fastighetsaffär. Det har därför ansetts naturligt att mäklaren hjälper köparen med de nödvändiga kontakterna med en långgivare. En mäklare som får ersättning för en sådan låneförmedling av långgivaren får då ett eget ekonomiskt intresse av att köparen skall låna hos den bank eller finansbolag som erbjudit mäklaren ersättning. Enligt omsorgsplikten bör mäklaren verka för att köparen får låna på bästa möjliga villkor. Om mäklaren får ersättning för låneförmedlingen, uppstår betydande trovärdighetsproblem för mäklaren som opartisk mellanman. Mäklarens vilja att undersöka olika lånealternativ för köparen är inte så stor om han får ersättning hos viss långgivare. Dessutom kan en mäklare misstänkas undanhålla en spekulant med en stor kontantinsats till förmån för den som behöver ett stort lån för att finansiera köpet. Mäklarens totala förtjänst kan många gånger bli störst i de fall han kan räkna med ersättning från kreditgivaren utöver förmedlingsuppdraget oavsett om fastigheten överläts till en annan köpare än den som bjuder det högsta priset. Att mäklaren får särskild ersättning för låneförmedling innebär därför att förtroendet för hans förmåga att utföra uppdraget på bästa sätt allvarligt rubbas. Ett sådant förfarande anses därför stå i strid med god fastighetsmäklarsed.³⁷ Därmed är inte sagt att mäklaren inte får förmedla lån. Mäklaren bör hjälpa köparen att hitta en långgivare. Han får dock inte ta emot ersättning för detta.

Frågan är om detta är en bra lösning. För det första är det mycket svårt att kontrollera efterlevnaden av detta förbud. Mäklaren kan få ersättning för låneförmedlingen på sätt som inte direkt kan angripas. Det kan t.ex. ske genom att mäklaren personligen får bättre lånevillkor hos kreditgivaren. För det andra kan det vara så att mäklaren genom många förmedlingar till samma kreditgivare får sådana villkor som överträffar de som råder på marknaden. För det tredje är det möjligt att mäklarens incitament att bistå köparen och säljaren i finansieringsfrågorna minskar. Det är möjligt att lagstiftaren underskattar konsumenten. Denne kan lätt skaffa sig information om vilka boräntor som är aktuella genom morgontidningen och därmed få en god uppfattning om marknadsläget.³⁸

5.4 Kan fastighetsmäklaren i alla avseenden vara opartisk?

³⁶ Prop 1994/95:14 s 46

³⁷ Prop 1994/95:14 s 47

³⁸ Se även Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 135 ff. Zacharias har inte funnit ett enda fall där mäklare anklagas för att ha förmedlat ett dåligt lån eller annars förfarit på ett sätt som i denna mening skulle stå i strid med kravet på upprätthållande av god fastighetsmäklarsed.

I nuvarande FML har man tydligare än tidigare velat markera mäklarens ställning av mellanman. För detta ändamål har en språklig förändring i paragrafen genomförts. I den gamla lagens 9 § hette det att:

”Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och med iakttagande av god fastighetsmäklarsed.”

12 § nuvarande lag lyder istället:

”Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och *i allt* iaktta god fastighetsmäklarsed. Mäklaren skall *därvid* tillvarata både säljarens och köparens intresse.”³⁹

Med uttrycket ”i allt” markeras att skyldigheten innefattar även annat än enskilda förmedlingsuppdrag t.ex. marknadsföring. Ordet ”därvid” markerar att skyldigheten (dvs. tillvaratagandet av säljarens och köparens intresse) är begränsad till att gälla inom ramen för god fastighetsmäklarsed.⁴⁰

Innan FML stiftades hade Sveriges Advokatsamfund på ett tidigt stadium varit kritiska till mäklarens möjligheter att i förhållande till bägge parter uppträda som en helt fri och obunden mellanman.⁴¹ Advokatsamfundet sade att möjligheterna för mäklaren att uppträda som en opartisk mellanman var begränsade. Man ifrågasatte också om en sådan neutralitet var eftersträvansvärd. Erfarenheten talade mot möjligheten att tjäna två uppdragsgivare i situationer där deras intressen var oförenliga. Samfundet medgav visserligen att mäklaren borde vara en sakkunnig som både säljare och köpare skulle kunna förlita sig på. Däremot menade man att i sådana situationer som rörde prissättning, betalningsvillkor och andra direkt affärsmässiga överväganden, var rimligt att mäklaren i första hand agerade i uppdragsgivarens intressen och att i vart fall inte uppträdde på ett sådant sätt som innebar att han gick motpartens ärenden.⁴²

I förarbetena till den gamla mäklarlagen fick advokatsamfundet medhåll av föredragande statsrådet. Beträffande rent affärsmässiga överväganden, främst prisfrågan, ansågs det inte realistiskt att kräva att mäklaren skulle vara fullständigt neutral. Därför var det i sådana fall naturligare att mäklaren hade ett starkare band till den av parterna som lämnat uppdraget till honom.

I nuvarande mäklarlags förarbeten anses att mäklaren så långt möjligt bör inta en neutral roll. Lagstiftaren håller med om att det ifråga om rent affärsmässiga överväganden är naturligt att mäklaren är mer bunden till sin uppdragsgivare men säger samtidigt att båda parter måste kunna lita på att mäklaren lämnar fullständiga och korrekta upplysningar.

Enligt förarbetena ligger det dock ingen motsättning mellan neutraliteten och att mäklaren i rent affärsmässiga överväganden stöder sin uppdragsgivare snarare än motparten. Det sägs att

³⁹ Min kursivering.

⁴⁰ Prop 1994/95:14 s 76

⁴¹ Advokatsamfundets yttrande över Småhusköpsutredningen remitterade utredningsförslag SOU 1981:102 s 200 f. Utredningen hade föreslagit att utöver omsorgsplikten och god fastighetsmäklarsed skulle mäklaren bistå både säljare och köpare med råd och upplysningar och så långt som möjligt söka tillgodose båda parter berättigade intressen.

⁴² Prop 1994/95:14 s 40

motparten i allmänhet inte förväntar sig att mäklaren skall iaktta strikt neutralitet när det gäller t.ex. priset på det förmedlade objektet.

En annan sak är att mäklaren får anses vara skyldig att sanningsenligt besvara frågor som uppdragsgivarens motpart ställer om olika sakfrågor t.ex. priset på andra objekt i samma område.⁴³

Claude Zacharias är som tidigare nämnts starkt kritisk till lagstiftarens begreppsbyggnad om fastighetsmäklaren som opartisk mellanman. Enligt honom är det naturligt för säljaren av ett objekt att förvänta sig att den uppdragsmottagande mäklaren tar större hänsyn till sin uppdragsgivares önskemål. Inte minst framgår detta förhållande som självklart av den enkla anledningen att uppdragsgivaren betalar mäklarens provision.⁴⁴ Enligt promemorian och FML är nämligen uppdragsgivaren ersättningskyldig gentemot mäklaren. Zacharias hävdar att mäklaren skulle kunna iaktta en större distans till sin uppdragsgivare om såväl köpare som säljare betalade fastighetsmäklaren för dennes arbete.⁴⁵

Att provisionen formellt sett betalas av uppdragsgivaren är nog sant, men den egentliga kostnaden för mäklarens ersättning är inbakad i köpeskillingen och betalas därmed av bägge parter. Martin Fehr har också påpekat att det är utan rättslig betydelse för bestämmande av begreppet ”mäklare” vem som betalar provisionen. Detta är dessutom likgiltigt, står säljaren för provisionen så måste han räkna med den avbränning som provisionen utgör och följaktligen höja sitt pris. Är det köparen som står för provisionen så kan han endast betala ett lägre pris. I båda fallen kommer kostnaden för provisionen att bäras av både säljare och köpare. Att det blivit så att det är säljare som kommit att stå för provisionen beror enligt Fehr på att det är säljaren som genom försäljningen får in pengar och därför anses ha lättare att betala provisionen.⁴⁶ Zacharias argument om fördelning av provisionsbördan kan dock enligt min mening ha en nyttig psykologisk effekt. För mäklaren kan det helt enkelt kännas lättare att agera som en opartisk mellanman om provisionskostnaderna formellt sett betalas av båda parter.

Argumentet att mäklaren står närmare sin uppdragsgivare p.g.a. det är denne som ger uppdraget åt mäklaren har mer fog för sig. Det är rimligt att kräva att mäklaren, som Advokatsamfundet och Zacharias hävdar, när det gäller rent affärsmässiga överväganden står närmare uppdragsgivaren. Detta motsägs inte heller av lagstiftaren. Denne påstår att det inte ligger någon motsättning i detta för att motparten i sådana frågor inte förväntar sig strikt neutralitet av mäklaren. Problemet är att i begreppet ”affärsmässiga överväganden” kan läggas betydligt mer än enbart priset. Säljarens garantier eller friskrivning från ansvar kan ha en direkt betydelse för köpeskillingens storlek. Olika typer av villkor t.ex. ett villkor av köparen att han först kan avyttra sin egen bostad är också något som kan reflekteras i priset. Frågor som rör tidpunkten för tillträde, rätt till avkastning från fastigheten och utställande av reverser

⁴³ Prop 1994/95:14 s 42

⁴⁴ Enligt förarbetena till FML (prop 1983/84 s 45) innebär bestämmelsen om mäklarens rätt till ersättning i 21 § en presumtion för att det är säljaren som gentemot mäklaren har betalningsansvaret för provisionen. Detta gäller även om det ursprungligen är köparen som tagit kontakt med mäklaren.

⁴⁵ Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 130

⁴⁶ Fehr, Martin, Mäklarens rättsliga ställning, SvJT 1925 s 89, se även SOU 1981:102 s 137

är också frågor som kan komma att påverka priset och därför omfattas av affärsmässiga förhållanden. Med en sådan mer omfattande definition är det lättare att förstå kritikernas oro beträffande kravet på opartiskhet.⁴⁷ Zacharias menar att mäklaren, i t.ex. ovan uppräknade situationer, inte kan ursäkta sitt tillvaratagande av uppdragsgivarens intressen framför motpartens genom att hävda att det rör sig om en prisfråga och att opartiskheten därvid inte gäller fullt ut. Bedömningen skulle bli alltför tillgjord.⁴⁸

Oklarheten om vad som innefattas i affärsmässiga överväganden kan komma att medföra att framtidens tvister kommer att kretsa kring denna oklarhet. Huruvida mäklaren i tillräcklig grad har tillvaratagit motpartens intressen i lika stor omfattning som uppdragsgivarens, kan bli ett ofta återkommande argument.

5.5 Handpenningavtal

Handpenning som fastighetsmäklaren har tagit emot skall utan dröjsmål överlämnas till säljaren, om inte annat har överenskommit i särskild ordning.⁴⁹

I 1995 års FML har intagits en bestämmelse som klargör syftet med handpenning i samband med fastighetsköp. Enligt förarbetena har det varit en utbredd uppfattning bland mäklare att de utan någon särskild överenskommelse har rätt att ta hand om och förvalta handpenningen.⁵⁰ Det förekommer också att mäklare anser sig ha rätt till avkastningen på kapitalbeloppet. Ingenting av dessa uppfattningar är naturligtvis riktig. Handpenningen är helt och hållet en affär mellan säljaren och köparen. En handpenning betalas i ett rättsförhållande vilket inte mäklaren är part. Mäklaren kan därför inte göra gällande någon som helst självständig rätt till handpenningen. Mäklare som tar emot handpenning skall därför om inte annat avtalats omedelbart vidarebefordra denna till säljaren. Det finns dock oftast ett intresse från både köparens och säljarens sida att handpenningen inestår hos mäklaren tills dess att bindande köp kommit till stånd. Detta gäller särskilt villkorade köp då köparen har rätt att häva om vissa i förväg bestämda omständigheter inträffar. I många fall kan deponering av handpenningen hos mäklaren t.o.m. vara en underförstådd förutsättning mellan köpare och säljare. Mäklaren bör därför regelmässigt ta upp frågan om hur det skall föras med handpenningen med båda avtalsparter, dvs. säljare och köpare. Mäklaren kan förvara handpenningen endast om båda parter godkänner att denna skall förvaras hos mäklaren.

Det är dock inte tillräckligt att köpare och säljare kommer överens om att mäklaren skall förvara handpenningen. Lagtexten anger att detta skall ha ”överenskommit i särskild ordning”. Vad som menas med detta uttryck ger förarbetena inget svar på. Ej heller i praxis finns ännu något vägledande fall. Rimligtvis torde en i särskild ordning upprättad handling innebära en avtalshandling skild från det övriga avtalsinnehållet t.ex. ett särskilt upprättat depositionsavtal. Det slutgiltiga svaret får dock inväntas tills Högsta domstolen sagt sitt. Klart

⁴⁷ Cervin-Sallsnäs, Fastighetsmäklaren - En kommentar till 1995 års FML 1995 s 22 f

⁴⁸ Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 127

⁴⁹ Avsnittet bygger på, Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 139 ff

⁵⁰ Prop 1994/95:14 s 54

är dock att förtryckta klausuler i uppdragsavtalet om att mäklaren skall förvalta handpenningen är utan verkan.⁵¹

Om parterna bestämt sig för att deponera handpenningen till mäklaren och om köpekontraktet är förenat med några villkor, är det viktigt att mäklaren håller reda på dessa villkor så att handpenningen utges till rätt part. I provisionstvister kan detta ha mycket stor betydelse. Har t.ex. ett köparvillkor ej uppfyllts skall handpenningen tillfalla köparen. Om handpenningen istället skall tillfalla säljaren kan den bli föremål för provisionsavdrag. Att förvalta handpenningen är ingalunda någon skyldighet för mäklaren. Om denne ändå åtar sig uppdraget bör han vara uppmärksam på ovan nämnda situationer.

P.g.a. av fastighetsmäklarens skyldighet att separera redovisningsmedel från sina egna pengar löper parterna ingen större risk om handpenningen deponeras. Om det är så att parterna har avtalat att handpenningen skall deponeras hos mäklarens klientmedelskonto men köparen inte betalat in handpenningen medför detta inte någon rätt för mäklaren att driva in handpenningen. Istället bör han upplysa säljaren om att handpenningen inte betalats in.⁵²

5.6 Redovisningsskyldighet

De medel som mäklaren innehar för uppdragsgivaren eller dennes motparts räkning skall hållas avskilda från egna medel. Det framgår av 12§ FML. Ett avskiljande är nödvändigt för att den som lämnat medlen till mäklaren skall vinna skydd mot den senares borgenärer. Förarbetena hänvisar till lagen om redovisningsmedel för de närmare förutsättningarna för att medel på detta sätt skall vara förbehållna huvudmannen. Om mäklaren blandar samman sina egna medel och t.ex. uppdragsgivarens på samma konto är utgångspunkten att uppdragsgivaren förlorar separationsrätten till sina medel. Det finns dock situationer då separationsrätt föreligger trots sammanblandning. Enligt RedovL är sammanblandning mellan huvudmannens och sysslomannens förmögenhet utan betydelse, om egendom av aktuell art finns omedelbart tillgängliga för att avskiljas och att dröjsmål med avskiljandet ej föreligger. Huvudmannen har därför separationsrätt till egendom av aktuell art som avskilts utan dröjsmål, även om sysslomannen var insolvent vid avskiljandet. Förmodligen krävs dock att medlen på kontot ej underskridit det belopp som kommit från huvudmannen.⁵³ Vad som menas med dröjsmål avgörs efter omständigheterna. I rättspraxis har något mer än en dag inte ansetts utgöra dröjsmål.⁵⁴

Vad menas då med avskiljande? Ett avskiljande föreligger om medlen satts in på särskild bankräkning men det finns andra sätt. Pengar kan stoppas in i ett kuvert och på det sättet vara avskilda.⁵⁵

⁵¹ Prop 94/95:14 s 76

⁵² Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 140 f

⁵³ Håstad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, sjätte omarbetade upplagan s 169 f

⁵⁴ NJA 1987 s 517

⁵⁵ NJA 1987 s 517. I NJA 1983 s 109 ansågs dock pengar instuckna i en strumpa inte avskilts på så sätt som anges i RedovL

Ibland kan det dock vara stötande om huvudmannen skulle förlora sin separationsrätt då sammanblandning skett utan att denne kunnat påverka det. Antag t.ex. att sysslomannen (mäklaren) mottagit 100 kr för huvudmannens räkning. Sedan gör sysslomannen ett uttag på 20 kr för egen räkning. Huvudmannen skulle då ha separationsrätt i de återstående 80 kr eftersom ett uttag inte är sammanblandning. Sedan sätter dock sysslomannen som nu är insolvent in 20 kr för att avhjälpa förskingringen. Har huvudmannen då förlorat rätten till även de 80 kr? En vanlig lösning är då att huvudmannen skall anses ha samäganderätt till den sammanblandade mängden proportionellt till det som är uttaget.⁵⁶

Enligt förarbetena till FML finns dock inget krav på att medel från olika huvudmän skall hållas avskilda från varandra. I sådana fall upphör inte huvudmännens separationsrätt. Föreligger brist, slås denna ut proportionerligt i förhållande till insatserna⁵⁷

5.7 Förbudet mot självinträde

I 13 § finns en ny bestämmelse som säger att en mäklare själv inte får köpa en fastighet som han har i uppdrag att förmedla. Han får heller inte sälja fastigheten till någon närstående. Förbudet är ovillkorligt och har sin grund i den strängare betoningen på mäklarens opartiskhet. Om mäklaren blir erbjuden att förmedla en fastighet som han själv är intresserad av skall han omedelbart avböja erbjudandet. Mäklaren skulle annars kunna gå in i diskussioner med säljaren innan han tillkännager sitt eget intresse och därmed dra fördel av situationen. Ett sådant agerande strider mot god fastighetsmäklarsed.

Enligt förarbetena bör mäklaren noga överväga sitt eget intresse innan han åtar sig uppdraget. Känner fastighetsmäklaren att han under vissa förutsättningar kan komma att bli intresserad skall uppdraget avböjas. Naturligtvis kan en mäklare trots detta, efter att uppdraget påbörjats, få ett eget intresse av att förvärva fastigheten. Mäklaren har i en sådan situation två alternativ. Antingen så undertrycker han sitt eget intresse och slutför uppdraget eller så får han säga upp förmedlingsuppdraget och ange sina skäl för det. Om mäklaren säger upp förmedlingsavtalet p.g.a. eget intresse kan han inte omedelbart ta upp förhandlingar med säljaren. För att inte utnyttja situationen på ett otillbörligt sätt bör mäklaren ge säljaren rådrom och tid att anlita en annan mäklare för att först därefter konkurrera med andra köpare.

Mäklaren får inte heller förmedla en fastighet till någon sådan närstående som avses i 4 kap. 3 § konkurslagen (1987:672). Som närstående räknas där:

- make (skilda makar omfattas endast om det i det enskilda fallet står varann personligen nära, se NJA 1988 s 673)
- syskon (syskonbarn omfattas endast om de står mäklaren personligen nära)

⁵⁶ Håstad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, sjätte omarbetade upplagan s 173 f

⁵⁷ Håstad, Torgny, Sakrätt avseende lös egendom, sjätte omarbetade upplagan s 177

- släkting- eller svågterskap i rätt uppstigande eller nedstigande led (gäller även adopterade barn, med svågterskap avses i första hand sambo eller fosterbarn)
- den som ensam eller med någon annan har en väsentlig gemenskap grundad på andelsrätt (t.ex. aktieinnehav) eller därmed jämförbart ekonomiskt intresse (t.ex. tysta bolag eller familjestiftelser)
- den som genom ledande ställning har ett bestämmande inflytande över verksamhet som näringsidkaren eller den juridiska personen driver (VD eller styrelseledamot).

Som närstående räknas också närstående till någon som är närstående.

Hur mäklare skall förhålla sig praktiskt till förbudet att förmedla till närstående besvaras på samma sätt som vid självinträde. Skillnaderna mellan förbuden är att ”närståendeförbudet” i vissa fall kan drabba mäklaren rent ekonomiskt utan att han kan påverka det. En mäklare kan ha lagt ner kostnader och arbete på ett uppdrag ovetande om att någon i närståendekretsen är intresserad av att köpa fastigheten. Om denna person vidhåller sitt intresse måste mäklaren avsäga sig uppdraget.

Om mäklaren avsäger sig uppdraget p.g.a. han eller någon i närståendekretsen vill köpa så måste detta anmälas till tillsynsmyndigheten, dvs. Fastighetsmäklarnämnden.

5.8 Förbudet mot handel med fastigheter och annan verksamhet som kan rubba förtroendet

Även denna bestämmelse är ny. Den bygger på samma grundsyn som förbudet mot självinträde, nämligen att det är viktigt att upprätthålla förtroendet för mäklaren som opartisk mellanman.

Tillhandahållandet av egna fastigheter för försäljning innebär att mäklaren inte kan motsvara spekulanternas berättigade förväntningar på att han själv skall uppträda som opartisk mellanman. När mäklaren själv intar säljarens roll finns det inga skäl som talar för att han beaktar köparens intresse i nämnvärd mening.⁵⁸ Mäklarlagen är därför inte tillämplig när mäklaren säljer fastigheter. Det är då fråga om försäljning och inte förmedlande. Detta innebär i sin tur att det skadeståndsansvar som mäklaren har enligt mäklarlagen ej kan åberopas av en köpare som köpt fastighet av en mäklare. Ej heller kan ersättning utgå ur ansvarsförsäkringen. För att skydda köparna är det därför motiverat att ha ett handelsförbud i mäklarlagen. Naturligtvis får en mäklare sälja sin privatbostadsfastighet, men inte som ett led i mäklarverksamheten.

I samma paragraf sägs även att mäklaren inte får ägna sig åt annan verksamhet som är ägnad att rubba förtroendet för honom som mäklare. Bestämmelsen är generell och avser att fånga upp andra verksamheter som inte är fastighetshandel. Bestämmelsen är generell och är tänkt att fånga upp andra verksamheter än fastighetshandel som typiskt sett kan rubba förtroendet. I

⁵⁸ Prop 1994/95:14 s 53

förarbetena ges endast ett exempel när förbudet skulle kunna bli aktuellt, nämligen en mäklare som samtidigt är agent eller försäljare för en typhustillverkare.⁵⁹ Om mäklaren lyckas förmedla en tomt är han givetvis intresserad av att sälja ett huspaket till köparen. Risker är uppenbara att mäklaren försöker styra tomtspekulanterna att välja ett hus hos den fabrikant som mäklaren själv representerar. I övrigt lämnas åt praxis att närmare bestämma ramarna för regelns tillämpning. Jag har stor förståelse för att mäklare med blandad verksamhet tycker att regeln är alldeles för oklar. Deras verksamhet kanske står och faller beroende på hur regeln tillämpas. Större ansträngningar borde därför gjorts för en mer ingående beskrivning om regelns tillämpningsområde, åtminstone genom några fler exempel. På mindre orter där förmedlingsunderlaget är mindre är det naturligt att mäklaren ägnar sig åt blandad verksamhet. Hur är det då med ekonomisk och juridisk konsultverksamhet som mäklaren bedriver, omfattas de av förbudet? Helt allmänt kan sägas att mäklaren är oförhindrad att bedriva sådan verksamhet så länge inte misstankar kan riktas mot honom för att han kan komma att påverkas av ovidkommande intressen och att hans opartiska ställning kan komma att äventyras. För en mäklare kan det dock sannerligen inte vara lätt att bedöma när en sådan situation föreligger. För att inte slå undan fötterna på de näringsidkare som ägnar sig åt blandad konsultverksamhet där fastighetsförmedlingen endast utgör en del av verksamheten, anser jag att regeln bör tillämpas mycket restriktivt. Endast när man kan rikta mycket starka misstankar mot att verksamheten kan rubba förtroendet för mäklaren borde regeln kunna komma ifråga. Detta måste enligt min mening också ha varit lagstiftarens intention med regeln. Ett förtydligande i förarbetena på denna punkt hade därför varit på sin plats. Konsultföretag hade då kunnat andats ut istället för att invänta ett besked domstolarna.

Ett motdrag från företag med blandad konsultverksamhet vari fastighetsförmedling ingår för att inte riskera att drabbas av förbudet kan vara att fastighetsförmedlingen i företaget reserveras för en enda person som enbart sysslar med fastighetsförmedling. Frågan uppkommer då istället om denna fastighetsmäklares opartiska ställning hotas av konsultföretagets verksamhet. Frågan har inte berörts i förarbetena. Enligt regelns ordalydelse skulle dock inte regeln vara tillämplig i sådana fall eftersom det förutsätts att det endast är mäklaren själv som inte får ägna sig åt verksamhet som kan rubba förtroendet för honom. Eftersom mäklaren personligen ansvarar mot sin uppdragsgivare finns det enligt min mening ingen anledning att frånga denna tolkning.

5.9 "Ombudsförbudet"

Fastighetsmäklaren får inte uppträda som ombud för en köpare eller säljare. Regeln är ny och vilar på grunden att mäklaren skall vara opartisk. Förbudet mot ombudsuppdrag riktar sig i första hand mot "rena ombudssituationer" dvs. när mäklaren får fria händer att företräda uppdragsgivaren i anslutning till förmedlingsuppdraget. Regeln tillämpas oavsett om mäklaren handlar med stöd av fullmakt från köpare eller säljare. Ett ovillkorligt förbud för mäklaren att uppträda som ombud är dock opraktiskt och skulle hindra en friktionsfri affär mellan köpare och säljare. Av praktiska skäl finns därför undantag från förbudsregeln att uppträda som ombud. Enstaka avgränsade moment med anknytning till förmedlingsuppdraget är tillåtna inom ramen för god fastighetsmäklarsed. Vid denna bedömning är som vanligt utgångspunkten att se fastighetsmäklaren som en opartisk mellanman. Exempel på sådana

⁵⁹ Prop 1994/95:14 s 54

situationer som ej omfattas av ombudsförbudet kan vara att fastighetsmäklaren kvitterar köpeskillingen om säljaren inte är närvarande. En god tumregel är att rättshandlingen som fastighetsmäklaren företar för ena eller andra partens räkning inte får vara tvistig parterna emellan. När det således gäller rättshandlingar av formell natur där parterna dessförinnan blivit ense om villkoren, föreligger inget hinder för fastighetsmäklaren att företräda ena parten. Inte heller den situationen att mäklaren uppträder som ombud för ena eller andra partens räkning i anslutning till förmedlingsuppdraget men gentemot någon som står utanför partsförhållandet, t.ex. en bank eller inskrivningsmyndighet, hindrar mäklaren att uppträda som ombud. Från förbudet undantas även domstols uppdrag att som god man enligt lagen om samäganderätt sälja fastighet på offentlig auktion.

5.10 Rådgivnings och upplysningsplikten

5.10.1 Allmänt

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

Rådgivningsplikten och upplysningsplikten har ett nära samband med felreglerna i 4 kap jordabalken som reglerar ansvarsfördelningen mellan köpare och säljare. Därför är det intressant att undersöka betydelsen av mäklarens medverkan när det gäller ansvarsfördelning mellan köpare och säljare.

Mäklarens rådgivnings- och upplysningskyldighet kan delas in i fyra områden:

1. Allmän rådgivningskyldighet
2. Allmän upplysningskyldighet
3. Mäklarens verkande för att säljaren lämnar de uppgifter som är av betydelse för köparen
4. Mäklarens uppgift att verka för att köparen fullgör sin undersökningsplikt

Bedömningen om ovan nämnda plikter har uppfyllts sker utifrån vad som är god mäklarsed och genom en objektiv bedömning av avtalskontrahenternas behov av råd och upplysningar. Det ställs således stora krav på mäklarens omdöme när det gäller vilka råd och upplysningar han bör ge.

Den allmänna rådgivningskyldigheten omfattar rådgivning av juridisk, ekonomisk och teknisk natur. Den närmare omfattningen avgörs med ledning av vad som är god fastighetsmäklarsed. Om mäklaren inte anser sig kompetent bör han hänvisa uppdragsgivaren till en sakkunnig. Om mäklaren ändå ger sig i kast med exempelvis beräkning av skattepliktig

reavinst har han genast ett ansvar mot sin uppdragsgivare för riktigheten i beräkningen. Om rådgivningen senare visar sig vara felaktig kan skadeståndsskyldighet inträda. I NJA 1991 s 625 hade mäklaren givit ett felaktigt råd angående förutsättningarna för uppskov med reavinstskatt vid fastighetsförsäljningen, vilket fick följderna att säljaren påfördes skatt med 74 986 kr. Mäklaren medgav försumlighet men hävdade att någon skada ej uppkommit då säljaren ändå, trots den felaktiga rådgivningen, skulle ha sålt fastigheten. Detta bestreds dock av säljaren. I målet konstaterades att enbart felaktig skatterådgivning inte grundar skadeståndsskyldighet. Säljaren måste även visa att försäljningen aldrig skulle skett om korrekt information givits. HD fann det styrkt att fastighetsförsäljning aldrig skulle ägt rum om säljaren fått rätt information. När skadeståndets storlek sedan skulle bestämmas fann HD:s majoritet att det var omöjligt att fastställa den slutliga ekonomiska skadan p.g.a. framtida fastighetsförsäljningar och ändringar i skattelagstiftningen. Sådana ovissa faktorer i framtiden kunde enligt HD inte läggas säljaren till last. Säljaren har bevisskyldigheten för att skada uppkommit. När sedan detta är visat ligger det på mäklaren att visa att skadan varit mindre än vad som påstås. Eftersom mäklaren inte förmådde visa detta utgick skadestånd om 74 986 kr till säljaren. Att HD utdömde full ersättning beror säkerligen på att jämkning som huvudregel ej skall ske när skadevållaren har en ansvarsförsäkring.⁶⁰

Den allmänna upplysningsskyldigheten innebär en skyldighet att vidarebefordra alla uppgifter som mäklaren fått från ena kontrahenten eller från annat håll. När omständigheterna ger anledning till det bör han först granska riktigheten i uppgifterna. Mäklaren skall t.ex. inte okritiskt förmedla vidare uppgifter från säljaren rörande fastighetens skick. Någon undersökningsplikt, liknande den som köparen har enligt jordabalkens fjärde kapitel, föreligger dock ej för mäklaren. Fel och brister som mäklaren själv känner till skall vidarebefordras till köparen. Även sådana fel som mäklaren med hänsyn till omständigheterna har haft anledning att misstänka, t.ex. genom tidigare förmedling av liknande fastigheter eller genom den allmänna sakkunskap och erfarenhet han har som mäklare, bör han enligt förarbetena upplysa köparen om. Skyldigheten att upplysa om sådant som mäklaren känner till har också sina gränser. Mäklaren behöver inte lämna andra uppgifter än sådana som kan tänkas få betydelse i ett kommande avtalsförhållande mellan parterna. Hänsyn till ena partens berättigade intressen kan också föranleda att mäklaren inte bör vidarebefordra en viss uppgift.⁶¹

Om det inte finns anledning att misstänka något föreligger ingen generell skyldighet för mäklaren att kontrollera erhållna upplysningar. Detta fastslås även av praxis. Med hänsyn till att branschpraxis skall tillåtas styra utvecklingen av god mäklarsed kan det dock i framtiden framtingas obligatoriska verifierings- och kontrollplikter oavsett omständigheterna.⁶² En mäklare som regelmässigt kontrollerar uppgifter om fastigheten kommer därför att minimera risken för skadeståndsanspråk. Detta kan dock ha den negativa effekten för parterna att provisionskostnaderna drivs upp p.g.a. det merarbete som detta medför, vilket i sin tur påverkar köpeskillningens storlek. Avtalsparterna kan således komma att få betala för det ökade konsumentskyddet. Denna konsekvens är dock nästan oundviklig vid all konsumentlagstiftning.

⁶⁰ Se mer om detta i avsnitt 7.3.3

⁶¹ Prop 1983784:16 s 38

⁶² Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995, s 154

Det är inte alldeles ovanligt att en köpare av en fastighet inte vill ta över befintliga lån på fastigheten. I den mån lånen måste lösas och de löper till en högre ränta än den dagsaktuella marknadsräntan kan kreditinstitutet kräva s.k. räntekompensation. Det är inte alltid så att mäklaren upplyser parterna på att räntekompensation kan komma att utkrävas. Mäklaren bör dock enligt god fastighetsmäklarsed göra detta. Inte nog med det, mäklaren bör göra detta i god tid för att inte försumma sin upplysningsskyldighet. Detta har slagits fast i ett fall från Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd.⁶³ Säljaren av en fastighet separerade från sin maka. Makarna ägde fastigheten tillsammans. Kontakterna mellan makarna efter separationen var dålig. Först efter köpekontraktets och köpebrevets undertecknande fick säljaren del av den avräkning som visade att kreditinstitutet krävde räntekompensation på 30 500 kr för lösen av ett lån. Säljaren kunde inte protestera eftersom köpekontrakt och köpebrev var undertecknade. Nämnden menade att enligt 10 § 1 st (nuvarande 16 §) så omfattar mäklarens upplysningsskyldighet att information lämnas om konsekvenserna av att köparen inte övertar ansvaret för ett lån som säljaren därför tvingas lösa in i förtid. En sådan upplysning skall lämnas i god tid så att säljaren har en chans att ta ställning till konsekvenserna. Nämnden ansåg därför att mäklaren var skyldig att ersätta den skada som han vållat säljaren. Det anses således höra till ett omsorgsfullt utfört mäklaruppdrag att när inlösen av ett förtida lån aktualiseras kontrollera med vederbörande kreditinstitut om detta kommer att leda till räntekompensation. I vart fall bör mäklaren göra parterna uppmärksamma på vilka konsekvenser inlösen av ett lån kan få. Om parterna i god tid uppmärksammas på detta kanske de kan enas om en lösning där de delar på kostnaderna för räntekompensationen genom en justering av köpeskillingen.⁶⁴

Enligt 16 § skall mäklaren verka för att köparen fullgör sin undersökningsplikt. Det normala i dag är att besiktningen av fastigheten sker med hjälp av en besiktningsman. Ofta är det mäklaren som hänvisar köparen till en besiktningsman. Mäklaren bör då förvissa sig om att besiktningsmannen har dokumenterad sakkunskap. Om mäklaren anlitar eller rekommenderar en besiktningsman som är känd för att vara slarvig är det inte otänkbart att mäklaren kan bli skadeståndsskyldig. Huvudregeln är dock att mäklaren inte har något ansvar för andra konsulter arbete. Han bör även göra klart för vems räkning som besiktningsmannen anlitas. Risken för ansvarsvister minskar då liksom tvister om vem som har betalningsansvaret för besiktningsmannens arbete. Det bör nog också kunna krävas att mäklaren tillsammans med parterna går igenom besiktningsprotokollet. Mäklaren måste genom sin yrkeskunskap ha lättare att ta till sig innehållet i ett sådant protokoll och se om det finns några varningssignaler. Det är numera genom rättspraxis dock fastställt att även besiktningsmannen har ett ansvar för att upplysa om det finns några varningssignaler.⁶⁵ Frågan är om det inte ligger närmare till hands att besiktningsmannen går igenom besiktningsprotokollet med beställaren än att mäklaren gör det. I vart fall bör mäklaren förvissa sig om att parterna förstått innebörden av besiktningsprotokollet.

5.10.2 Säljarens ansvar för mäklarens uppgifter

⁶³ FRN 79/93

⁶⁴ Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 160

⁶⁵ NJA 1997 s 65

Fastighetsköpet sluts mellan köparen och säljaren. Jag skall nu titta närmare på när mäklarens medverkan får betydelse för säljarens ansvar dvs. när mäklarens uppgifter tillräknas säljaren. Säljarens ansvar för mäklarens uppgift beror på hur uppgiften lämnats. Man kan skilja på fyra olika fall:

1. Mäklaren vidarebefordrar uppgifter från säljaren

Ett exempel på detta utgör NJA 1984 s 280. En ställföreträdare för ett bolag (säljaren) uppgav på ett möte att priset på ett antal fastigheter inte skulle öka mer än ett högsta belopp. Mäklaren som bolaget anlitat för försäljning av fastigheterna var närvarande vid mötet. Denne vidarebefordrade uppgiften om priset till en köpare. HD konstaterade att bolagets ställföreträdare *måste ha insett* att uppgifter kunde vidarebefordras på detta sätt. Betydelsen av uppgifterna måste därför bedömas på samma sätt som om köparen fått del av dem direkt av ställföreträdaren.

Ett annat exempel är NJA 1983 s 858. Det var fråga om oriktiga uppgifter om fastighetens areal som lämnades under köpeförhandlingarna. HD fastslog att köparen hade fått upplysning om fastighetens areal. Detta hade skett genom upplysningar från mäklaren och fastighetsbeskrivningen (vilken upprättats av mäklaren, som fått uppgiften om arealen från säljaren). En av säljarna hade dessutom, som svar på en direkt fråga bekräftat arealuppgifterna.

Det är således klart att säljaren kan bli ansvarig för uppgifter som vidarebefordrats av mäklaren. Rekvisitet i NJA 1984 s 280 "måste ha insett" kan kanske förklaras genom att ställföreträdarens uttalande på mötet i första hand inte var avsett för mäklaren men ställföreträdaren måste ha insett att uppgiften skulle kunna vidarebefordras. Om ställföreträdaren givit uppgiften direkt till mäklaren kan troligen rekvisitet "måste ha insett" utelämnas. I det fallet hade det förmodligen varit tillräckligt med enbart det faktum att säljaren (ställföreträdaren) hade lämnat uppgiften till mäklaren.

2. Säljaren kan tillräknas mäklarens uppgifter, oavsett om mäklaren var behörig att lämna uppgiften eller ej, om säljaren känner till att uppgiften lämnats.

Går mäklaren t.ex. ut med felaktiga uppgifter i annons och säljaren inte förklarar uppgifterna för felaktiga riskerar han att bli ansvarig för dem. En ytterligare förutsättning är att köparen skall vara i god tro om att mäklaren inte var behörig att på säljarens vägnar lämna uppgiften. Rättsligt kan detta motiveras genom en analogi från AvtL 6§ 2 st. Om säljaren måste ha insett att köparen utgick från att mäklarens uppgifter utgör en del av avtalet och han inte reklamerar så blir han bunden av uppgiften.

3. Säljaren torde kunna tillräknas mäklarens uppgifter redan när han borde inse att uppgiften lämnats.

Jonas Malmberg, som skrivit en artikel om ämnet, härleder detta från 18§ 2 st köplagen som anger att fel föreligger om varan avviker från uppgifter som lämnats av annan än säljaren, i tidigare säljled, eller annars för köparens räkning och att uppgiften antas ha inverkat på

köpet.⁶⁶ Varan skall dock inte anses felaktig om säljaren varken kände eller bort känna till uppgiften. Även konsumentköplagen och konsumenttjänstlagen innehåller sådana bestämmelser. Denna regel menar Malmberg ger uttryck för en allmän rättsgrundssats och borde därför kunna användas som utfyllnad till felreglerna vid fastighetsköp i 4 kap JB. Anledningen till att liknande regler ej införts i JB beror på sådana regler ansågs vara utan praktiskt intresse.⁶⁷ Det kan därför antas att felreglerna i JB inte skall tolkas e contrario mot denna regel.

4. Mäklaren lämnar andra upplysningar till köparen än sådana som säljaren givit upplysning om.

Mäklaren skall bl.a. lämna en beskrivning av fastigheten, dess areal, storlek och byggnadssätt. Frågan är då vad som händer om mäklaren självständigt inhämtar dessa uppgifter? Kan säljaren bli ansvarig för riktigheten i dem om säljaren inte känner till eller borde känna till att uppgifterna lämnats? Malmberg förordar i detta fall en slags presumtion för att mäklarens uppgifter skall tillräknas säljaren. Han menar att det annars vore omöjligt för köparen att urskilja vad som kommer från säljaren och vad som kommer ifrån mäklaren. Därmed är det också svårt för säljaren att veta vem han skall rikta sina anspråk mot. Ett argument mot denna lösning är att det är alldeles för strängt för säljaren att ha ett sådant generellt ansvar för mäklarens uppgifter. Detta menar Malmberg, kan motverkas genom att mäklarens uppgifter inte ensamt läggs till grund för skadeståndsanspråk. Köparen skall ha fog för att förutsätta att mäklarens uppgifter är riktiga. Mäklarens uppgifter skulle även kunna påverka köparens undersökningsplikt. Däremot; fortsätter Malmberg, skulle inte enbart mäklarens uppgifter medföra att vissa egenskaper anses utfästa, vilket är en förutsättning för att skadestånd skall utgå.

Jag förmodar att Malmberg menar att den andra skadeståndsgrunden i JB 4:19, att ersättning för skada skall utgå om felet eller förlusten beror på säljarens försummelse, inte blir tillämplig i detta fall eftersom säljaren förutsätts att ej känna till eller böra känna till att uppgiften lämnats. Om säljaren däremot känner till eller bör känna till att uppgiften lämnats av mäklaren bör han kunna bli skadeståndsskyldig enligt denna skadeståndsgrund i JB.

Grauers menar till skillnad från Malmberg att om mäklaren lämnar uppgifter som inte kommer från säljaren kan uppgifterna knappast vara bindande för säljaren. Möjligen skulle han kunna bli bunden om han fått reda på att mäklaren lämnat uppgiften men underlåter att dementera den.⁶⁸ Grauers begränsar således säljarens ansvar för mäklarens uppgifter till det i ovan beskrivna andra fallet.

Jag är nog beredd att hålla med Grauers. Vilka fel kan t.ex. säljaren bli ansvarig för om mäklaren ensam lämnat uppgifter till köparen utan att säljarens vetskap? Det kan ej röra sig om några konkreta fel, eftersom mäklarens uppgifter ensamma inte kan utgöra någon utfästelse. Detta trots att uppgiften i och för sig är mycket klar och precis. Dolda fel är i sammanhanget ointressanta eftersom säljaren alltid svarar för dolda fel. Sålunda måste det var fråga om fel som är upptäckbara vid en vanlig besiktning men där mäklarens uppgifter

⁶⁶ Malmberg, Jonas, SvJT 1993 s 863 ff, Om fastighetssäljares ansvar för mäklarens uppgifter och insikter.

⁶⁷ prop 1989/90:77 s 72

⁶⁸ Grauers, Fastighetsköp 13:e upplagan 1994 s 219

fungerar som något slags lugnande besked som reducerar köparens undersökningsplikt. Detta skulle sedan säljaren bli ansvarig för men vilka påföljder skulle kunna göras gällande mot honom? Skadestånd går ju inte eftersom det är mäklaren ensam som lämnat uppgiften. Hävning kan det knappast bli fråga om. Att grunda den mest ingripande av påföljderna på något som inte ens säljaren känner till förefaller orimligt. Dessutom måste kontraktsbrottet vara väsentligt. Ytterligare en begränsning är att hävning inte kan bli aktuell sedan köpebrev upprättats och köpebrevet inte innehåller något villkor härom.⁶⁹ Kvar återstår då prisavdrag. Även om denna påföljd är den minst olämpliga så förefaller det mig motbjudande att låta säljaren drabbas av en nedsättning i köpeskillingen när det i själva verket är mäklaren som är roten till det onda. Även om vissa bevissvårigheter skulle övervinnas väger intresset av att skydda säljaren tyngre. Om säljaren dessutom är en privatperson ter det sig underligt om man övervältrar mäklarens oaktsamhet på en person i konsumentställning i en lag som skall skydda konsumenter. Nog anses väl fortfarande mäklaren besitta den största yrkeskunskapen.

Enligt min uppfattning är gällande rätt fortfarande den bästa lösningen. Har mäklaren ensam vållat skadan skall han också ensam svara för denna. Att låta säljaren i sådana här fall bära ansvaret rubbar ansvarsfördelningen mellan köpare och säljare i JB på ett olyckligt sätt. Dessutom finns det ingen lämplig påföljd att göra gällande.

5.10.3 Har mäklaren undersökningsplikt?⁷⁰

I förarbetena till FML står att läsa beträffande mäklarens skyldighet att undersöka fastigheten: ”En viktig fråga är i vilken mån mäklaren skall vara skyldig att undersöka fastighetens storlek och faktiska beskaffenhet. Enligt kommittén kan det inte utan att omständigheterna särskilt påkallar det komma ifråga att mäklaren i dessa hänseenden skall göra en ingående undersökning av fastigheten. Kommittén anser att det skulle föra för långt, om mäklaren skulle ha en allmän plikt att ingripa på området för de skyldigheter som åvilar säljaren och köparen enligt reglerna i 4 kap JB.”⁷¹ Så långt allt väl. Varför ställer jag då frågan om mäklaren har någon undersökningsplikt? För att klargöra detta får är det nödvändigt att undersöka vad mäklaren skall upplysa om. Jag återgår till förarbetena: ”Däremot bör det åligga honom (mäklaren) att upplysa om sådana brister i fastigheten som han *känner till, i varje fall om dessa brister inte är uppenbara* för var och en som fastigheten visas för. Vidare bör fastighetsmäklaren ha en principiell skyldighet att *upplysa om sådana fel i fastigheten som framgår redan vid en ytlig undersökning* eller som mäklaren annars med hänsyn till omständigheterna kan ha *haft anledning att misstänka*, exempelvis genom tidigare försäljning av liknande fastigheter.”⁷²

⁶⁹ JB 4 kap 21 § 2 st

⁷⁰ Resonemanget under denna rubrik har till viss del hämtat näring från Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 170 ff

⁷¹ Proposition 1983/84:16 s 14

⁷² Proposition 1983/84:16 s 14

Mäklaren skall således upplysa om sådana brister i fastigheten som han känner till. Det är nu de s.k. faktiska felen enligt JB 4:19 1st 1p 2 ledet som anges.⁷³ Det kan dock ej utläsas i förarbetena till FML om mäklarens upplysningsskyldighet endast omfattar dolda fel. En ändamålsenlig tolkning skulle kunna vara att upplysningsskyldigheten endast avser dolda fel vilka ej omfattas av köparens undersökningsplikt. Detta skulle stämma överens med det första utdraget ur förarbetena, nämligen att mäklaren inte har någon skyldighet att ingripa på det område som omfattas av köparens undersökningsplikt enligt 4 kap JB. En sådan tolkning är dock alltför långtgående om utgångspunkten är förarbetena. Det sägs ju att mäklaren i *varje fall* bör upplysa om sådana fel som inte är uppenbara. Man kan då fråga sig om lagstiftaren med ”inte är uppenbara” endast har avsett dolda fel. En försvarbar juridisk tolkning av orden ”inte är uppenbara” måste vara språkligt rimlig, dvs. inte starkt avvika från normalt språkbruk. Med normalt språkbruk förstås då inte enbart ”vanligt svenskt språkbruk” utan även vanligt svenskt juridiskt språkbruk.”⁷⁴ Även om ordet ”uppenbart” ibland har olika betydelser, juridiskt och normalt, ligger det nära till hands att tolka ordet uppenbart såsom betydelsen är i normalt språkbruk. Detta p.g.a. att ordet förekommer i förarbetena där språkbetydelsen ligger närmare den normala betydelsen än vad som är i fallet i en författningstext. Om man således utgår från att orden ”inte är uppenbara” har en normal språklig betydelse så förefaller det mycket troligt att fel som inte är uppenbara inte endast behöver vara dolda fel. Det kan finnas fel som inte är så lätta att upptäcka för köparen men som ändå faller inom ramen för undersökningsplikten. Dessutom framgår det genom orden ”i varje fall” en viss osäkerhet huruvida mäklaren även bör upplysa om fel som är uppenbara. Härmed kommer mäklarens upplysningsskyldighet att hamna inom undersökningspliktens område.

Ytterligare stöd för att mäklarens upplysningsskyldighet och köparens undersökningsplikt kolliderar med varandra finner man genom nästa passus, att mäklaren bör upplysa om sådana fel som framgår redan vid en ytlig undersökning eller fel som mäklaren har haft anledning att misstänka. Det skulle vara orimligt att anse att fel som framgår redan vid en ytlig undersökning ej skulle omfattas av köparens undersökningsplikt. Förarbetena motsäger därför sig själv genom att först säga att mäklaren inte har en allmän plikt att ingripa på området som omfattas av undersökningsplikten för att några rader senare säga att mäklaren bör upplysa om sådana fel som framgår redan vid en ytlig besiktning.

Vad beträffar fel som mäklaren med hänsyn till omständigheterna haft anledning att misstänka, ligger det nära till hands att utgå från att det rör sig om dolda fel, eftersom mäklarens misstanke till övervägande del skall basera sig på dennes erfarenhet.⁷⁵ Att uttala sig om misstankar kan vara vanskligt då misstanken inte alltid kan bekräftas genom förekomsten av ett dolt fel. Misstankar vare sig de är befogade eller ej kan leda till att det inte blir någon affär av överhuvudtaget. I de fall där misstankarna är obefogade kan man fråga sig om detta agerande kan vara förenligt med omsorgsplikten.⁷⁶

⁷³ JB 4:19 1st 1p 2 ledet: Om fastigheten ”avviker från vad köparen med fog kunnat förutsätta vid köpet.” De faktiska felen består dels av fel som omfattas undersökningsplikten och för vilka köparen ansvarar, dels av dolda fel för vilka säljaren som huvudregel ansvarar.

⁷⁴ Evers, Jan, Argumentationsanalys för jurister, Andra upplagan s 53

⁷⁵ Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 172

⁷⁶ Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 172

Något som förvirrar läget än mer är att det i förarbetena talas om mäklarens *upplysningsskyldighet*. Det vore då rimligt att förarbetena talade om vad mäklaren *skall* göra. Istället används verbet *bör*. Detta leder till den något motsägelsefulla tesen att mäklaren har en skyldighet att upplysa men han bör bara göra det. Frågan uppkommer då om ordet ”bör” lämnar något utrymme för situationer där det inte är nödvändigt att upplysa köparen om ett fel.

Då förarbetena är minst sagt oklara kan det vara intressant att se hur man tacklat problemet i rättspraxis. Ett sådant fall är en dom från Hovrätten för övre Norrland.⁷⁷ Det gällde en fastighetsöverlåtelse, där det mellan köpare och säljare träffades ett köpeavtal med en friskrivningsklausul. Målet gällde dock inte friskrivningsklausulen utan om mäklaren känt till att fastigheten var svårt mögelangripen på vinden. I målet framkom att mäklaren tittat på vinden genom en vindslucka stående på en stege, lysande med en ficklampa. Enligt mäklaren hade han då sett att virket inte var helt färskt, vilket heller inte var att vänta med tanke på husets ålder. Detta var dock inte något anmärkningsvärt. Mäklaren frågade även säljaren om det fanns röt- eller mögelskador i huset, vilket besvarades nekande av denne. De sakkunniga i målet upplyste om att en lekman inte kunnat missta sig om att vindsutrymmet var angripet av svamp- och mögelskador. Skadorna borde därför ha upptäckts redan vid en ytlig besiktning av fastigheten.

Tingsrätten gjorde följande bedömning: Enligt de sakkunniga i målet hade felet funnits före överlåtelsen. Det kunde emellertid inte styrkas att mäklaren upptäckt eller bort upptäcka skadorna vid den besiktning han gjorde. Mäklaren har inte någon mera långtgående undersökningsplikt rörande fastighetens skick. Den omständigheten att det är säljaren som anlitar mäklaren fritar inte köparen från de skyldigheter som han har enligt JB, i detta fallet undersökningsplikten. Mot denna bakgrund kan det inte begäras att mäklaren varit skyldig att göra någon mer ingående undersökning än den han gjort. Eftersom makarna (köparna) anlitat en besiktningsman att undersöka fastigheten kan det vid ett sådant förhållande inte åläggas mäklaren att särskilt upplysa om vindsutrymmet.

Hovrätten kom däremot till ett annat slut. Hovrätten menade att svampangreppet varit av en sådan omfattning och beskaffenhet att det måste upptäckts av en lekman redan vid en ytlig undersökning från vindsluckan. På grund av detta och med tanke på hur mäklaren utförde besiktningen samt med beaktande av hans mångåriga erfarenhet som mäklare i förening med den sakkunskap han hade i egenskap av utbildad ingenjör inom området fann Hovrätten att mäklaren måste ha upptäckt mögel- och rötskadorna vid sin besiktning. Genom att underlåta att upplysa makarna om sin vetskap så hade han åsidosatt den upplysningsplikt som ålåg honom enligt dåvarande 10§ FML (nuvarande 16§).

Prövningstillstånd till HD beviljades ej p.g.a. att domslutet grundades på bevisvärdering. Det hade varit betydelsefullt att få en prejudicerande dom som hade utrett omfattningen av mäklarens upplysningskyldighet. Hovrätten kom fram till att mäklaren hade haft vetskap om felet. Mot detta har jag inget att invända eftersom det var en bevisfråga. Om utgångspunkten är att mäklaren hade vetskap om felet så har han en skyldighet att upplysa om detta helt i

⁷⁷ Hovrätten för övre Norrland, dom meddelad 1990-02-12, mål nr T 61/89, dom nr DT 2015. Högsta domstolen gav ej prövningstillstånd.

överensstämmelse med förarbetena och så långt är ju allt väl. Tingsrätten fann däremot att det inte kunde styrkas att mäklaren hade haft vetskap om felet. Med denna utgångspunkt är även denna dom riktig. Det anmärkningsvärda i fallet är att ingen invändning gjordes mot att köparen brustit i sin undersökningsplikt (mäklaren kom endast med ett påpekande om detta). Mögel- och rötskadorna hade ju enligt de sakkunniga i målet kunnat upptäckas även av en lekman. Ett sådant fel måste enligt JB:s mening anses vara upptäckbart för en köpare. Givetvis skall mäklaren upplysa om fel som han känner till men om felet faller inom köparens undersökningsplikt skall mäklaren inte ensam behöva bära ansvaret för detta. Ansvarsfördelningen mellan köpare och säljare enligt JB skall inte påverkas av att mäklaren försummat att upplysa om ett fel som han känner till enligt min mening. I det ovan refererade rättsfallet fick mäklaren ensam bära ansvaret. Mäklaren hade nämligen friskrivit säljarna från allt ansvar beträffande fastighetens skick. Köparna kunde därför inte rikta anspråk mot säljarna utan angrep istället mäklaren. En riktig utgång enligt min mening hade varit att jämka skadeståndet för mäklaren så att köparna hade blivit medansvariga eftersom de försummat sin undersökningsskyldighet. Det är dock mycket sällan som jämkning sker när det finns en ansvarsförsäkring.⁷⁸ Huvudansvaret för fel som ligger inom det som är upptäckbart enligt den praxis som utvecklats i anslutning till JB 4:19 bör dock ligga på köparen. Varför skall annars mäklaren verka för att köparen fullgör sin undersökningsplikt om mäklaren ändå blir ansvarig för att felet inte upptäckts. Med hovrättens resonemang *kan* man få uppfattningen att ju lättare felet är att upptäcka för köparen desto större skyldighet har mäklaren att upplysa om felet. Tvärtom menar jag att ju svårare felet är att upptäcka desto större anledning finns det att upplysa om felet, förutsatt att mäklaren känner till felet förstås.

För att bygga vidare resonemanget tänker jag mig nu samma fall som ovan med den skillnad att mögelskadorna ej är upptäckbara för köparen och att någon friskrivningsklausul ej föreligger. För enkelhetens skull är också bevisfrågan klar, mäklaren vet om felet. Det är således frågan om ett dolt fel. För sådana fel svarar säljaren enligt JB 4:19 oavsett vetskap.

Vet säljaren om felet har han allt att vinna på att upplysa om det eftersom han då fritar sig själv från ansvar för mögelskadorna. Detta fungerar i sig som en friskrivning för just det felet.⁷⁹ Vidare har mäklaren en skadeståndssanktionerad upplysningsskyldighet enligt mäklarlagen. När mäklaren har vetskap om felet skall han därför upplysa om detta fel för att undgå skadeståndspåföljd. Det primära ansvaret för det dolda felet skall dock ligga hos säljaren.

Enligt min mening har ansvarsfördelningen mellan köpare och säljare inte rubbats genom detta. Köparen bär ansvar för sådana fel som är upptäckbara. Säljaren bär ansvar för dolda fel. Mäklarens försummelse att upplysa om sådana fel som han fått kännedom om gör dock att denne kan bli delansvarig under köparens eller säljarens respektive ansvarsområde.

Om säljare friskriver sig från allt ansvar beträffande fastighetens skick finns ett starkt incitament för mäklaren att upplysa om felet då han är den ende som köparen kan rikta sina

⁷⁸ Se avsnitt 9.3.3 s 45

⁷⁹ Grauers, Folke, Fastighetsköp 13:e upplagan 1994 s 206

anspråk mot.⁸⁰ Jag anser att detta gäller enbart fel som han med säkerhet känner till. Om mäklaren uttalar sig om misstankar om ev dolda fel bör han vara ganska säker på att felet senare kan bekräftas. Har mäklaren endast svaga misstankar om förekomsten av ett fel bör han, för att inte komma i konflikt med omsorgsplikten mot säljaren, avhålla sig från sådana uttalanden. Dessutom fungerar en friskrivning enligt min mening som en varningsklocka för köparen. Friskrivningen meddelar ju att det är möjligt att fastigheten inte kommer att svara upp mot en förväntad standard i det avseendet. Köparen bör därför vara extra vaksam när han undersöker fastigheten. En friskrivning brukar dessutom avspeglade sig i köpeskillingen och göra att eventuella köpare bjuder lägre på fastigheten.

En friskrivning sätter därför press på både mäklare och köpare. Om mäklaren vet om ett dolt fel eller har mycket starka misstankar om ett sådant måste han upplysa om detta för att undgå ansvar. Mäklaren är ju den ende som köparen kan rikta sina anspråk mot. Mäklaren skall dock inte ikläda sig i säljarens ansvar för dolda fel. En friskrivning gör antingen att köparens ansvarsområde utvidgas (detta är min uppfattning) eller så medverkar friskrivningen till ett lägre pris på fastigheten.

Det vanligaste i praktiken är nog att friskrivningen gör att köparen inte är beredd att betala lika mycket för fastigheten som han annars skulle gjort. Genom detta lägre pris har då köparen så att säga redan fått ersättning för eventuella brister i fastigheten.

5.10.4 Överlåtelseförsäkring - skyddsnät mot dolda fel⁸¹

Uppkomst av dolda fel i fastigheten är inte någon rolig historia vare sig för köpare, säljare eller fastighetsmäklare. Tvister som rör sig om dolda fel är dessvärre inte ovanliga. De resulterar ofta i långa domstolsprocesser som dessutom ofta slutar med förlikning. Lösningen på detta problem är dock under starkt frammarsch för närvarande. Det handlar om den s.k. överlåtelseförsäkringen. Genom denna försäkring avlyfts ansvaret för säljaren för dolda fel i fastigheten. Förutsättningen för att försäkringen skall gälla är att en godkänd besiktningsman gjort en godkänd s.k. överlåtelsebesiktning. Detta medför i sin tur att köparens undersökningsskyldighet enligt JB 4:19 borde vara uppfylld. Försäkringen gäller liksom säljarens ansvar för dolda fel i 10 år.⁸²

Bakgrunden till denna försäkrings uppkomst kräver en närmare förklaring. 1993 trädde lagen om byggförsäkring i kraft. Den innebar i korthet att en näringsidkare som uppför en fastighet (eller utför om- och tillbyggnad som väsentligt förlänger husets livstid) måste uppvisa en tioårig byggförsäkring. Liknande försäkringslösningar hade funnits på

⁸⁰ Detta gäller dock under förutsättning att friskrivningen är giltig och att säljaren inte känner till det dolda felet. Säljaren av en fastighet kan nämligen inte friskriva sig från dolda fel som han har kännedom om. För dessa har han en absolut upplysningsplikt. För mer läsning se Grauers, Folke, Fastighetsköp 13:e upplagan 1994 s 203 ff.

⁸¹ Detta avsnitt bygger helt och hållet på en artikel ur Fastighetsmäklarförbundets tidning Fastighetsmäklar fakta april 1998 av Jan Skårstedt. Artikelns internetadress: <http://www.fmf.se/aktuellt/artiklar/9804-overlatelse.html> (Datum 980626)

⁸² Jfr JB 4:19 b

marknaden sedan slutet av 70-talet genom "Konsortiet för försäkring av småhusgaranti" - ett samarbete mellan Trygg Hansa och Skandia.

Mellan 1993 (då lagen tillkom) och 1996 verkade "Konsortiet för byggfelsförsäkring" ägt till lika delar av Skandia, Trygg Hansa, Länsförsäkringar och Folksam. Efter synpunkter från Konkurrensverket tvingades dock Konsortiet att upphöra med att teckna ytterligare försäkringar (däremot löper givetvis ansvarsåtagandena respektive tioårsperiod ut).

I det läget - alltså för drygt ett år sedan - beslutade sig Skandia för att fortsätta konceptet i egen regi genom specialenheten Byggnadsgaranti. Som en vidareutveckling av byggfelsförsäkringen tillkom därmed också överlåtelseförsäkringen - som nu sakta men säkert vinner terräng på marknaden.

Premien för ett väl underhållet hus med ett taxeringsvärde på 500 000 kr ligger på ca 10 000 kr för 10 år. Detta måste vara ett lockande alternativ för både säljare och köpare med tanke på de kostnader som dolda fel drar med sig. Antalet försäljningar av överlåtelseförsäkringar ökar också kraftigt för närvarande. I Danmark håller den här typen av försäkring på att bli mycket populär. Under sista kvartalet 1997 tecknade 20% av egendomsmäklarkedjan Homes husköpare en överlåtelseförsäkring. Under första kvartalet 1996, när produkten lanserades, var det bara 1%. Home räknar med att var tredje husköpare kommer att teckna försäkringen vid utgången av 1998.

Vem är då den verkliga vinnaren på denna försäkring? Den första tanken som slog mig var att detta är en alldeles lysande lösning eftersom de ökar tryggheten för både säljare och köpare. Köparen behöver inte bekymra sig om han har missat att fullgöra sin undersökningsplikt. För säljaren kan det vara fördelaktigt med försäkringen om denne är insolvent när ett dolt fel uppträder några år efter försäljningen. Vid närmare eftertanke kan dock en köpare anlita en besiktningsman och därigenom fullgöra sin undersökningsplikt. Om ett dolt fel uppkommer kan han sedan rikta sina anspråk mot säljaren. Säljaren i sin tur, kan friskriva sig från ansvar från dolda fel med följd att mäklaren blir den ende som köparen kan rikta sina anspråk mot. I en sådan situation kommer man fram till att den som har störst intresse av att en överlåtelseförsäkring tecknas är mäklaren, som genom denna försäkring slipper använda sig av sin ansvarsförsäkring. En överlåtelseförsäkring fungerar i en sådan situation som en kostnadsfri extraförsäkring för mäklaren. Premien betalas ju av köparen eller säljaren, båda var för sig eller tillsammans. Fördelen med försäkringen jämfört med det ovan nämnda exemplet är dock att säljare och köpare i de flesta fall, genom en försäkring, undviker de segslitna processerna som hänför sig till tvister om dolda fel. Det skall bli mycket intressant att följa utvecklingen när det gäller överlåtelseförsäkringens betydelse i framtiden.

5.11 Kontrollansvaret

När en fastighet överlåts utgör själva avtalet mellan köparen och säljaren utgångspunkten för vilken standard fastigheten skall ha. Det talas om en konkret standard.⁸³ Om det inte ur avtalet i vid bemärkelse kan utläsas att någon konkret eller individuell standards avtalats får man objektivt försöka fastställa vilken standard köpeobjektet skall ha. Köpeobjektet skall hålla en standard som ”en köpare i största allmänhet har anledning att förvänta sig med hänsyn till byggnadens ålder.” Det är då fråga om en abstrakt standard. Avvikelser från abstrakt standard kan delas in i tre grupper:

- Rättsliga avvikelser, t.ex. säljaren är ej rätt ägare, fastigheten är belastad med en nyttjanderätt eller en panträtt.

- Rådighetsavvikelser t.ex. en inskränkning i rätten att disponera över fastigheten genom ett myndighetsbeslut som något sänkar ut fastigheten.

- Faktiska avvikelser, främst fysiska fel i fastigheten t.ex. mögelskador.

I avsnittet om rådgivnings- och upplysningskyldigheten behandlades faktiska avvikelser. För sådana gäller att köparen har en undersökningsplikt. När det däremot gäller rättsliga fel eller rådighetsfel saknas en sådan plikt för köparen. Vad beträffar sådana avvikelser är normal abstrakt standard att fastigheten skall vara fri från sådana belastningar.

Fastighetsmäklaren har enligt 11§ i FML en skyldighet att kontrollera vem som har rätt att förfoga över fastigheten och vilka inteckningar och servitut och andra rättigheter som belastar fastigheten. Mäklaren har således en skyldighet att kontrollera rättsliga omständigheter och rådighetsförhållanden för fastigheten. Detta till skillnad från de faktiska förhållandena där mäklaren inte har någon undersökningsplikt.

I normalfallet är denna kontrollskyldighet uppfylld genom en tillfrågan vid inskrivningsmyndigheten eller om mäklaren har tillgång till CFD (Centrala Fastighets Data) genom en förfrågan där. Genom IM eller CFD får mäklaren upplysning om äganderättsförhållanden genom lagfarten. Han får upplysningar om det finns några inteckningar i fastigheten och vilket belopp inteckningarna ligger på genom gravationsbeviset. Han kan också se inskrivna nyttjanderätter och om fastigheten är belastad med något servitut. Eftersom denna information kan fås med ett enkelt telefonsamtal eller genom en sökning i databasen är denna skyldighet inte någon större belastning för mäklaren. Det mäklaren måste tänka på för att skydda sig mot framtida skadeståndsanspråk är att dokumentera dels uppgifterna dels att köparen fått del av dem. Ett mål från Stockholms TR visar detta.⁸⁴ En mäklare fälldes där för att han inte vidtagit erforderliga kontroller. Frågan i målet var om en bostadsrätt var belastad med en panträttsupplåtelse. I målet uttalades att en mäklare är skyldig att hålla kontakt med bostadsrättsföreningen och i förekommande fall utföra en kompletterande kontroll i nära anslutning till tillträdet. Mäklaren påstod dock att han hade kontrollerat pantsättningen av lägenheten en kort tid före tillträdet med bostadsrättsföreningen

⁸³ Grauers, Folke, Fastighetsköp 13:e upplagan s 130.

⁸⁴ DT 28 Mål T-9-34-90

ordförande. Ordföranden förnekade dock detta. Det var ostridigt att lägenheten var belastad med en panträtt på 430 000 kr. Mäklaren måste kunna visa att han gjort erforderliga kontroller. Då mäklaren ej kunnat styrka att han fullgjort vad som ålegat honom blev han skadeståndsskyldig gentemot köparen. Om mäklaren hade dokumenterat den påstådda uppgiften från ordföranden hade han klarat sig. Fallet ger även ett annat förtydligande om vad kontrollskyldigheten omfattar. Ibland är det inte tillräckligt med en kontroll. Om kontrollerna inhämtas förhållandevis lång tid före tillträdet av fastigheten, bör mäklaren kontrollera ytterligare en gång i nära anslutning till tillträdesdagen för att vara på den säkra sidan. Kontrollen innefattar inte heller bara förekomsten av en panträtt utan även till vilket belopp fastigheten/bostadsrätten är belastad.⁸⁵

Huvudregeln när det gäller rättigheters bestånd mot överlåtaren är att ”köp bryter legostämman” dvs. rättigheterna faller bort. Denna huvudregel har dock många undantag. Om rättigheten är inskriven blir den gällande mot förvärvaren oavsett om denne kände till den eller ej.⁸⁶ Det är därför av yttersta vikt att köparen upplyses om att fastigheten är belastad med några rättigheter. Ibland ger dock uppgifterna från IM eller CFD ej tillräckligt med information. Det kan finnas rättigheter som inte är inskrivna. Sådana rättigheter kan bli gällande när det gäller hyra och arrende om de grundas på skriftlig handling och om nyttjanderättshavaren tillträtt före överlåtelsen.⁸⁷ Nyttjanderätten kan också bli skyddad om förvärvaren borde ha känt till att nyttjanderätten fanns.⁸⁸ Slutligen kan nyttjanderätten även bli gällande trots att denne ej bort känna till nyttjanderätten om inte förvärvaren säger upp nyttjanderätten inom tre månader från överlåtelsen.⁸⁹ Frågan är då vilken omfattning mäklarens kontrollskyldighet har i dessa situationer. Efter vad som kan utläsas ur förarbetena bör mäklaren vara verksam för att klargöra om objektet belastas av några icke inskrivna servitut, t.ex. sådana som tillskapats vid fastighetsbildningen. Han bör för detta ändamål anmoda säljaren att förete förrättningskarta och andra förrättningshandlingar som denne innehar. Kontroller kan också bli nödvändiga om säljarens egna uppgifter eller omständigheterna i övrigt ger anledning till misstanke att det finns andra rättigheter än som framgår vid förrättningshandlingarna. Förarbetena kastar således inget större ljus över saken.⁹⁰ Det är därför vanskligt att intolka en kontrollskyldighet vad gäller icke inskrivna nyttjanderätter. Det mäklaren bör göra enligt min mening är att fråga säljaren om fastigheten belastas av några andra belastningar än de som framgår av IM:s handlingar eller den myndighet som ansvarar för fastighetsregistreringen. Han bör även vara uppmärksam på de yttre förhållandena när han tittar på fastigheten om det finns några tecken på att någon nyttjanderätt kan föreligga. Det kan t.ex. vara en skogsfastighet med åkrar, sjöar och fritidshus. Mäklaren kan då fråga sig; Är åkrarna utarrenderade? Vem har avverkningsrätten till skogen? Är något av husen uthyrda? Vem har jakträtten? Vem har fiskerätten? osv. Detta är naturligtvis även frågor som varje köpare av en sådan fastighet skall tänka på men mäklaren, genom sin erfarenhet, bör åtminstone göra köparen uppmärksam på sådana frågor.

⁸⁵ Ankarswed, Christer, Fastighetsmäklarens ansvar s 62 FRN Dnr 112/89

⁸⁶ JB 7:11

⁸⁷ JB 7:13 1 st

⁸⁸ JB 7:14 1 st

⁸⁹ JB 7:14 2 st

⁹⁰ Prop 1983/84:16 s 39

Vad gäller rådhetsfel sägs inget i förarbetena. Ankarswed menar att mäklaren inte rutinmässigt behöver undersöka om sådana föreligger.⁹¹ Det håller jag med om. Mäklaren bör dock enligt min mening, om misstanke föreligger, kontrollera med kommunen om det föreligger några ändringar eller kommande ändringar. Det kan t.ex. vara ändringar i detaljplan eller områdesplan som den lokala pressen har skrivit om.

5.12 Objektsbeskrivning och boendekostnadskalkyl

5.12.1 Objektsbeskrivning

När mäklaren i konsumentförhållanden förmedlar en fastighet skall han tillhandahålla en skriftlig beskrivning av fastigheten, objektsbeskrivningen.⁹² Objektsbeskrivningen skall innehålla följande:

- uppgifter om vem som äger fastigheten
- uppgifter om fastigheten är belastad med nyttjanderätter, servitut eller panträtt
- taxeringsvärde
- areal
- fastighetens benämning
- uppgifter om byggnaden som ålder, storlek, byggnadssätt

De två första punkterna har redan fastighetsmäklaren inhämtat om han uppfyllt sin kontrollskyldighet. En hänvisning i paragrafen görs även till 17§ FML. Taxeringsvärde, areal och fastighetens benämning bör inte vålla mäklaren några större bekymmer att inhämta.

Byggnadens exakta ålder kan ibland vara okänd. I sådana fall räcker det med en ungefärlig uppgift om byggnadens ålder. Byggnadens storlek preciseras lämpligen med angivelse av bostadsyta och antalet rum. Byggnadssättet kan anges med en allmän beskrivning. Av denna bör byggnadens grundförhållanden anges tillika ytterbeklädnad och takbeklädnad. Uppvärmnings- och VVS- förhållanden samt annat som i det särskilda fallet kan vara av intresse. Mäklaren bör kunna lita på säljarens uppgifter om inte omständigheterna ger anledning till något annat.⁹³

5.12.2 Boendekostnadskalkyl

När mäklaren har en spekulant på fastigheten som står i begrepp att köpa skall han för dennes räkning upprätta en individuellt anpassad kalkyl för de kostnader som boendet på fastigheten drar med sig för just den köparen. Detta är den s.k. boendekostnadskalkylen. Upprättandet av en boendekostnadskalkyl gäller, liksom objektsbeskrivningen, enbart i

⁹¹ Ankarswed, Christer, Fastighetsmäklarens ansvar s 60

⁹² Med konsumentförhållanden avses här när en privatperson köper eller säljer en fastighet huvudsakligen för enskilt bruk.

⁹³ Prop 1983/84:16 s 40

konsumentförhållanden. Förarbetena rekommenderar att mäklaren dessutom upprättar en schablonmässigt beräknad kalkyl för samtliga spekulanter som ger en ungefärlig bild av boendekostnaderna.⁹⁴ Någon skyldighet att göra detta föreligger dock ej.

Anvisningar för beräkningen av boendekostnadskalkylen ges ej med mera än att den skall utformas efter det mönster av kalkyler som seriösa mäklare sedan flera år tillbaka tillhandahåller. Alla kostnader av betydelse för boendet bör beaktas. Kapitalkostnaderna skall anges med såväl amorterings- som räntebelopp. Förekommande låns löptid och räntesats skall uppges. Om tidpunkten för ett visst låns förändring är känd bör detta anmärkas. Det kan t.ex. vara ett långfristigt lån som skall omsättas eller när ett i inledningsskedet amorteringsfritt lån skall börja amorteras. Kalkylen bör även ta hänsyn till de skattemässiga effekterna. För att mäklaren skall kunna fullfölja detta måste han ha tillgång till köparens inkomstförhållanden och den aktuella kommunalskattesatsen. Kalkylen bör slutligen uppta normala driftskostnader som värme, vatten och avlopp, sotning, sophämtning, försäkring, hushållsel och ev. vägavgifter. Uppräkningen av driftskostnader är på intet sätt uttömmande. Antalet driftskostnadsfaktorer varierar beroende på fastighetens utformning, hur fastigheten brukas, antalet familjemedlemmar mm.⁹⁵

Det främsta syftet med boendekostnadskalkylen är att göra köparen uppmärksam på om han kan klara av de ekonomiska åtagandena som fastighetsförvärvet innebär. Förhållandena som kalkylen bygger på kan dock snabbt ändras. Därför är det av särskild vikt att mäklaren förser kalkylen med goda säkerhetsmarginaler och reservationer för att kalkylen gäller endast under de gällande framtagna förutsättningarna. En post i kalkylen bör reserveras för oförutsägbara utgifter som exempelvis reparationer.⁹⁶ Denna reserv bör vara så stor att eventuella felkalkyler i de ”verkliga” delposterna inte medför någon förändring på slutresultatet. Detta innebär t.ex. när det gäller delposten ränta att det inte är orimligt att till den aktuella dagsränta lägga på en procentenhet. När det gäller driftskostnader kan ett 10- procentigt tillägg sägas utgöra ett riktmärke som säkerhetsmarginal.⁹⁷

Det säger sig självt efter denna genomgång att upprättandet av en boendekostnadskalkyl kräver ganska omfattande undersökningar från fastighetsmäklarens sida. Hur skaffar sig då mäklaren dessa uppgifter rent praktiskt? Genom inskaffandet av uppgifter till objektsbeskrivningen har redan mäklaren uppgifter om taxeringsvärdet som grund för beräkning av fastighetsskatten. Uppgifter om köparens inkomstförhållanden fås lättast av köparen själv, genom att denne företer aktuella uppgifter från banken. Det skall framhållas att kalkylen skall bygga på de faktiska förutsättningarna. Framtida inkomster eller framtida lån bör inte ligga till grund för en boendekostnadskalkyl⁹⁸

Uppgifter om driftskostnader fås lättast av säljaren. Mäklaren får anpassa driftskostnaderna efter antalet medlemmar i hushållet. Det säger sig självt att en ensam säljare och en köpare med stor familj inte har samma driftskostnader. Driftkostnadsberäkningen bör förses med

⁹⁴ Prop 1983/84:16 s 40

⁹⁵ Utdrag från ett referat från Mäklarsamfundets ansvarsnämnd AN 7/91

⁹⁶ Prop 1983/84:16 s 41

⁹⁷ se vidare Zacharias, FML i praktisk tillämpning 1995 s 236 f

⁹⁸ Zacharias, Claude, FML i praktisk tillämpning s 235

reservationer. Om fastigheten har egen brunn kanske inte vattnet räcker till för det nya hushållet eller att vattenkvaliteten är dålig. Detta medför extra kostnader, en ny brunn kanske behöver borrar eller ett filter installeras. Detta är i sig något som hör till köparens undersökningsplikt och ev mäklarens upplysningsplikt (se avsnittet om Rådgivnings och undersökningsplikten). Sådana ev begränsningar i fastigheten kan justeras i köpeskillingen men så är inte alltid fallet. Det kan det vara så att det råder osäkerhet huruvida vattnet kommer räcka. Vattnet kanske mycket väl räcker även för det större hushållet. Vid sådana fall bör mäklaren lägga in en reservation om att kostnaderna kan öka för att en ny brunn kan komma att behöva borrar.

En betydande del av driftskostnaderna utgörs av uppvärmningskostnader. Säljarens uppgifter för kostnaderna kanske behöver modifieras beroende på vilken genomsnittstemperatur han har haft i huset. Vidare kan fler än ett uppvärmningsalternativ finnas för huset t.ex. el, olja eller ved. Har säljaren använt sig av ved och köparen planerar att använda olja kompliceras beräkningen av driftskostnaderna. Min uppfattning är att det är bättre att ta extra marginal vid beräkningen av boendekalkylen. För köparen är det alltid bättre om kostnaderna för boendet sedan minskar istället för tvärtom. Detta är sannerligen något för mäklarna att ta fasta på. Enligt en undersökning som Konsumentverket utförde på husköp åren 1989 och 1992 hade boendekostnaderna för var fjärde köpare blivit högre än vad som angetts i boendekostnadskalkylen.⁹⁹

Vid nybyggnation finns ingen historik såvitt avser driftskostnader. I sådana fall har mäklaren endast sin egen erfarenhet och i bästa fall jämförelseobjekt när han upprättar kalkylen.

Boendekalkylen är som tidigare sagts till för att klargöra om köparen kan fullfölja de ekonomiska åtaganden som fastighetsköpet innebär. Detta är inte enbart för köparens egen del även säljaren har ett starkt intresse av att få reda på köparens förmåga att fullfölja affären. Då köparens förmåga att fullfölja affären är tveksam är det sannolikt att mäklaren gör bäst i att avråda säljaren att genomföra affären.¹⁰⁰ En för låg beräkning av boendekostnaderna kan medföra att köparen senare inte kan fullfölja köpet. I en sådan situation kan mäklaren således räkna med skadeståndsanspråk från både köpare och säljare.

Det konsumenten är intresserad av när det gäller boendekostnadskalkylen är det slutresultat som kalkylen visar. Köparen vill få reda på hur mycket pengar han har att röra sig med efter att alla räntor, amorteringar och kostnader är betalda. Mäklaren bör därför göra en sådan sammanläggning av delposterna som visar slutresultatet.¹⁰¹ Därför har det enligt min mening ingen större betydelse att vissa delposter är felaktiga så länge som slutresultatet är detsamma. I vart fall kan inte skadeståndsanspråk riktas mot mäklaren, ingen skada har ju uppkommit. Detta stöds av ett avgörande från FRN.¹⁰² Kalkylen var i fallet felaktig i nästan alla avseenden men slutresultatet visade ingen större avvikelse jämfört med en korrekt beräknad kalkyl. Det

⁹⁹ Råd och Rön nr 5/95 s 3. 851 köpare och säljare medverkade i undersökningen som omfattade köp och försäljningar under åren 1989 och 1992. Tendensen var att mäklarna skötte sig bättre 1992.

¹⁰⁰ Zacharias, Claude, FML i praktisk tillämpning s 240

¹⁰¹ Zacharias, Claude, FML i praktisk tillämpning s 233

¹⁰² FRN Dnr 081/88

förelåg således ingen ekonomisk skada i juridisk mening som mäklaren kunde bli ansvarig för. Mäklaren tilldelades dock en allvarlig varning för sitt sätt att utarbeta kalkylen.

I ärendet ovan framgick att det inte förelåg någon större avvikelse. Vän av ordning frågar sig då hur stor avvikelse som är tillåten? Lagstiftaren har ju angivit att kalkylen skall upprättas med god säkerhetsmarginal varför man vid första påseendet kan förledas att tro att varje avvikelse kan göra att mäklaren blir utsatt för en skadeståndstalan. En sådan tolkning är enligt Zacharias alldeles för sträng.¹⁰³ Avsaknaden av prejudikat gör dock frågan om vad som kan anses som en tillåten avvikelse svår att besvara. I ett tingsrättsfall var de verkliga boendekostnaderna ca 14 procent högre än vad kalkylen angav.¹⁰⁴ Tingsrätten ansåg att kalkylens felaktighet skulle tillskrivas mäklarens oaktsamhet. Tingsrätten ansåg emellertid inte att köparna lidit någon ekonomisk skada enbart p.g.a. avvikelsen. Köparen måste nämligen kunna visa att han inte skulle ha genomfört köpet om han vetat om de verkliga boendekostnaderna.¹⁰⁵ Finns det då något riktvärde för hur stor avvikelse som anses tillåten? Kanske kan paralleller dras till NJA 1991 s 725 som behandlade felaktig uppgift om bostadsyta. En avvikelse på 10 procent skulle då kunna anses godtagbar men inte mer.

En intressant fråga är hur mäklaren skall agera om köparen inte vill ha någon boendekostnadskalkyl eller om boendekostnadskalkyl är uppenbart obehövlig. Det kan också vara så att köparen vägrar att lämna ut uppgifter om sina ekonomiska förutsättningar. Lagen ger inte utrymme för undantag från regeln att upprätta boendekostnadskalkyl när det rör sig om förvärv av fastighet för eget bruk. Det vore dock orimligt om mäklaren senare utsätts för skadeståndskrav för att han ej upprättat någon kalkyl. För att skydda sig mot skadestånsanspråk bör han därför erhålla en skriftlig bekräftelse från köparen om att denne av sagt sig rätten att upprätta en kalkyl eller själv göra en noggrann anteckning härom, helst i köpekontraktet så att det blir synligt för bägge parter.¹⁰⁶ Det är inte tillräckligt att mäklaren strukit över uppgiften om att mäklaren lämnat en boendekostnadskalkyl på frågelistan.¹⁰⁷

5.13 Handlingsplikten och medverkande till upprättande av handlingar

Enligt 19 § i FML har mäklaren en s.k. handlingsplikt. Han skall hjälpa säljaren och köparen med frågor som behöver lösas i samband med överlåtelsen. Om inte annat avtalats skall han även hjälpa säljaren och köparen med upprättande av köpehandlingar.

Som exempel på mäklarens handlingsplikt kan nämnas att säljaren vill friskriva sig från ansvar för dolda fel i fastigheten.¹⁰⁸ Mäklaren måste då upplysa köparen om att en sådan friskrivning, förutsatt att den är giltig, medför att köparen inte kan rikta några

¹⁰³ Zacharias, Claude, FML i praktisk tillämpning s 241

¹⁰⁴ Trelleborgs tingsrätts dom 1989-10-26, dom nr DT 394, mål nr T 656/88

¹⁰⁵ Utförligare beskrivning om förutsättningarna för skadestånd kommer i kapitlet 9.3 om skadestånd.

¹⁰⁶ Zacharias, Claude, Om mäklarlagens krav på boendekostnadskalkyl SvJT 1995 s 528 f. Stöd fås även från Mäklarsamfundets ansvarsnämnd AN 7/87

¹⁰⁷ Mäklarsamfundets ansvarsnämnd AN 7/87

¹⁰⁸ Prop 1983/84 s 41

skadeståndsanspråk mot säljaren p.g.a. dolda fel i fastigheten. Detta medför i sin tur att köparens eventuella skadeståndsanspråk p.g.a. dolt fel i fastigheten endast kan riktas mot mäklaren.¹⁰⁹

Ett annat exempel när mäklaren har handlingsplikt är om köpet behöver villkoras. Om köparen för att finansiera fastighetsköpet skall sälja sin gamla fastighet bör ett villkor föras in i köpehandlingarna om att köpets bestånd gäller under förutsättning att köparen får sin gamla fastighet såld. Liknande är fallet när köparen, vilket är mycket vanligt, lånar pengar för att finansiera köpet. Köpets bestånd bör då göras beroende av om lånet beviljas. Mäklaren måste förklara både för säljaren och för köparen vad ett sådant förbehåll innebär. Ett hovrättsfall belyser situationen.¹¹⁰ Makarna S tog kontakt med en mäklare. De ville förvärva en större jordbruksfastighet än den de hade. Mäklaren fick genom en nära kollega upplysning om att en större jordbruksfastighet var till salu. Mäklaren tog kontakt med makarna S och visade dem fastigheten. Även mäklarens kollega var inblandad i denna affär. Makarna S blev mycket intresserade och bestämde sig kort därefter för att köpa fastigheten. Mäklaren erhöll i samband med detta ett skriftligt ensamrättsavtal att försälja makarna S gamla fastighet till ett pris av 7,2 Mkr. Det högsta bud mäklaren fick på fastigheten var dock endast 4,5 Mkr. Detta accepterades ej av den ena maken S. Några månader senare hävde makarna S köpet av den nya fastigheten och erlade en överenskommen handpenning som skadestånd till säljaren. Mäklaren fick dock också en del av denna handpenning. Makarna S stämde mäklaren för försumlighet. Enligt makarna S mening hade de för båda mäklarna klargjort att försäljningen av den gamla fastigheten till ett högt pris utgjorde ett nödvändigt villkor för förvärvet av den nya fastigheten. Makarna S hävdade vidare att mäklarna självmant haft en skyldighet att föra in frågan om att köpet borde villkoras, då de enligt makarna S måste insett att köpet annars varit omöjligt, åtminstone borde mäklarna föreslagit ett sådant villkor. Dessutom ansåg makarna S att mäklarna förespeglat dem ett ogrundat högt pris för den gamla fastigheten. Tingsrätten fann att makarna S ej kunde styrka att mäklarna varit försumliga. Detta p.g.a. att den ene maken enligt mäklaren lämnat entydiga uppgifter om att det inte var några problem med finansieringen. Ej heller kunde det visas att det föreslagna priset (7,2 Mkr.) för den gamla fastigheten under den rådande marknaden var ogrundat högt.

HovR kom till ett annat slut. Den konstaterade inledningsvis att det var viktigt att frågan om köpet borde villkoras fördes på tal och att parterna fick klart för sig vad ett sådant villkor innebar för parterna. Särskilt viktigt var detta om det av omständigheterna stod klart att det var en nödvändig förutsättning för köpets bestånd att köparens egen fastighet blev såld till ett högt pris.

Mäklaren är den som anses besitta den största sakkunskapen på området och det är därför naturligt att det är han som klargör konsekvenserna av de olika alternativen för parterna. Han bör bl.a. söka få en uppfattning om köparens ekonomi och t.ex. ta reda på vilket lägsta pris som denne bör få ut för sin egen fastighet för att det aktuella köpet skall kunna fullföljas. Mäklarens ansträngningar måste dock ligga inom rimliga gränser; vill köparen inte låta honom få uppgifter i nämnda hänseenden eller uppträder köparen likgiltigt i frågan har mäklaren rimligen inget ansvar gentemot köparen för konsekvenserna.

¹⁰⁹ Observera dock avsnittet 7.94 som behandlar överlåtelseförsäkring.

¹¹⁰ Målnummer T 914/93

Parterna i målet hade lämnat motstridiga uppgifter. Hovrätten uppmärksammade dock att makarna S berättelser präglats av omsorgsfullhet och som det förefallit, klart minne av detaljer. Mäklarnas uppgifter var däremot på många punkter svävande och i viss mån undanglidande. Hovrätten fäste därför avgörande vikt vid vad makarna S sagt. Utredningen gav därför vid handen att det stått klart för mäklarna dels att finansieringen av fastighetsköpet förutsatte att den gamla fastigheten såldes till ett högt pris, dels att det därutöver fordrades ett avsevärt belopp från makarna S sida för att köpet skulle kunna genomföras. De måste således ha insett att det fanns en betydande risk för skada för både säljare och köpare om nämnda förutsättningar inte uppfylldes. HovR fann därför att mäklarna själva borde fört in frågan om inte köpet borde villkoras. Istället agerade mäklarna på ett sätt som medförde att frågan aldrig kom att diskuteras närmare. Att mäklaren utan reservation grundat sina slutsatser på ene köparens muntliga uppgifter om finansieringen var alltför lättvindigt. Följaktligen blev mäklarna skadeståndsskyldiga.

En mäklare bör enligt min mening regelmässigt föra frågan om köpet bör villkoras på tal såvida det inte är uppenbart att det inte behövs. Om ett köpevillkor blir aktuellt är det också viktigt att mäklaren noggrant förvissas sig om att båda parterna förstått innebörden av ett sådant villkor. Att notera i rättsfallet är passusen om att mäklaren bör söka få en uppfattning om köparens ekonomi. Det kan tydligen vara av betydelse att en mäklare gör detta även då en person förvärvar en fastighet som utgör en del i näringsverksamhet, vilket det var frågan om i detta fall. När det gäller förmedling av fastigheter som huvudsakligen skall användas för privat bruk är ju detta en skyldighet genom upprättande av boendekostnads kalkyl. Vill inte köparen lämna ut uppgifter om sin ekonomi eller hur han skall finansiera köpet måste mäklaren, menar jag, upplysa säljaren om detta. Mäklaren skall ju i alltid iaktta god mäklarsed och tillgodose båda parter intressen. Att i sådana här sammanhang utan reservation godta köparens muntliga uppgifter om att det inte är några problem med finansieringen duger inte heller. Mäklaren bör förvissa sig om att köparen har belägg för sina påståenden om sin ekonomi. Även detta hänger samman med god mäklarsed. Avböjer trots allt köparen möjligheten att villkora köpet och säljaren godkänner detta gör mäklaren klokt i att säkra bevisning i detta avseende.

Enligt andra meningen i 19§ skall mäklaren hjälpa parterna att upprätta de handlingar som behövs i samband med köpet. Regeln är inte tvingande. De handlingar som avses är i första hand köpekontrakt, köpebrev och likvidavräkning. Ibland kan parterna även behöva få hjälp med andra handlingar, exempelvis fullmakter och reverser.¹¹¹ Numera är det mer eller mindre självklart att mäklaren upprättar köpehandlingarna. Mäklaren bör dock akta sig för att utforma klausulerna i köpekontraktet själv, såvida han inte är mycket erfaren och van att göra detta.¹¹² Utformningen av klausuler i köpekontrakt bör överlåtas till jurister som har den nödvändiga bakgrundskunskapen.

¹¹¹ Prop 1983/84:16 s 41

¹¹² Zacharias, Claude, FML i praktisk tillämpning s 208

6 Mäklarens rätt till ersättning

Frågor som rör ersättning för mäklarens uppdrag behandlas i 21- 23 §§ i FML. I detta avsnitt behandlas dock endast huvuddragen. Det skulle ta alltför stort utrymme att göra en mer utförlig redogörelse.

Om inget annat sägs skall mäklarens ersättning beräknas efter en viss procent av köpeskillingen. Någon procentsats anges inte i förarbetena. Detta är något som mäklaren och uppdragsgivaren kommer överens om. Mäklaren har rätt till den procentsats som han begär såvida denna inte betydligt överstiger vad som är gängse pris på marknaden. Det är brukligt att procentsatsen varierar mellan 3 och 6 procent.¹¹³ Om ej något har avtalats får den tillämpliga procentsatsen bestämmas med ledning av för vad som gäller för närliggande rättsområden.¹¹⁴

Det föreligger en presumtion för att det är säljaren som har betalningsansvaret för provisionen. Detta gäller även om det är köparen som ursprungligen har kontaktat mäklaren. Det finns dock utrymme för att betalningsansvaret kan fördelas på sådant sätt som parterna önskar.

För att mäklaren skall ha rätt till ersättning krävs för det första att ett mäklaruppdrag föreligger och att avtal om överlåtelse har träffats genom mäklarens förmedling mellan uppdragsgivaren och någon som har anvisats av mäklaren. Om avtalet enbart syftar till att bistå parterna med upprättande av t.ex. köpehandlingar föreligger inget mäklaruppdrag.

Om mäklaruppdraget gäller tills vidare kan det när som helst återkallas. Om återkallelsen sker först efter det att mäklaren har anvisat en spekulant som senare förvärvat fastigheten blir återkallelsen utan verkan vad beträffar mäklarens rätt till ersättning.

För att provision skall utgå krävs vidare att mäklaren anvisat uppdragsgivaren dennes medkontrahent. En kontakt med medkontrahenten från mäklaren är inte tillräckligt för att grunda provision. Överlåtelsen måste ha kommit till stånd direkt eller indirekt genom mäklarens verksamhet. Mäklaren kan dock låta medkontrahenten själv ta kontakt med uppdragsgivaren. Det är tillräckligt att medkontrahenten genom en annons har satt sig i förbindelse med uppdragsgivaren. Ännu mer indirekt anvisning har godtagits i praxis, en av mäklaren anvisad spekulant kan i sin tur anvisa en person som senare utan mäklarens medverkan köper fastigheten. Däremot är kravet på anvisning inte uppfyllt om mäklaren hänvisar en spekulant som uppdragsgivaren redan känner till eller som är allmänt känd. Om uppdragsgivaren låter bli att träffa avtal med en av mäklaren anvisad spekulant föreligger ingen rätt till ersättning för mäklaren.¹¹⁵

Slutligen krävs ett orsakssamband mellan anvisningen och det avtal som träffas. Om en enda mäklare har medverkat presumeras sådant orsakssamband föreligga.¹¹⁶ Sambandet kan dock

¹¹³ Zacharias, Claude, FML i praktisk tillämpning s 266

¹¹⁴ Prop 1983/84:16 s 44

¹¹⁵ Prop 1983/84:16 s 46

¹¹⁶ Se NJA 1975 s 748

vara tveksamt inte minst i fall då förhandlingarna mellan parterna avbrutits och senare återupptagits utan mäklaren medverkan.

Om mäklaren erhållit ett uppdrag med ensamrätt har han rätt till provision även om ett bindande avtal om förmedling uppkommer utan hans medverkan så länge det sker inom tiden för ensamrätten. Mäklaren skulle inte våga lägga ner tid, arbete och kostnader om han ej hade denna rätt.¹¹⁷ Lyckas uppdragsgivaren förmedla sin fastighet själv eller genom en annan mäklare har således mäklaren som erhållit ensamrätt rätt till ersättning om tiden för ensamrättsavtalet ej löpt ut. Givetvis kan mäklare och uppdragsgivaren avtala om att den sistnämnda förbehålls rätten att förmedla fastigheten själv och att provision ej skall utgå om uppdragsgivaren lyckas med detta. Om tiden för ensamrätten löpt ut har mäklaren endast rätt till ersättning om anvisningen som lett till bindande överlåtelse gjorts inom tiden för ensamrätten. Om mäklaren istället anvisat någon sedan ensamrätten upphört uppkommer frågan om han fortfarande har ett uppdrag gentemot huvudmannen. Så anses i allmänhet vara fallet om uppdragsgivaren inte gett uttryck för något annat när ensamrätten löpt ut.¹¹⁸

Det ankommer på mäklaren att visa att uppdraget varit förenat med ensamrätt. Om mäklarens uppdrag skall ersättas genom provision har mäklaren inte rätt till ersättning för kostnader såvida det inte särskilt överenskommit om detta. Med kostnader avses utlägg för exempelvis taxeringsbevis, resor, annonser och liknande. Bestämmelsen gäller inte bara då en överlåtelse kommit till stånd. Den tar också sikte på de fall där mäklaren misslyckats med uppdraget och önskar ersättning för de utlägg han har haft. Avtal om ersättning får dock inte vara oskäliga. I ett hovrättsfall var frågan om en vitesklausul i ett uppdragsavtal var oskäligen enligt 36§ avtalslagen.¹¹⁹ Efter undertecknandet av uppdragsavtalet med mäklaren ville inte X sälja sin bostadsrätt. Hon hade blivit upplyst om att det var förmånligare att vänta med försäljningen p.g.a. realisationsvinstreglerna. Mäklaren ville då ha ersättning enligt en vitesklausul i avtalet. Enligt klausulen skulle mäklaren ha rätt till ersättning av uppdragsgivaren om försäljning ej kom till stånd p.g.a. den senares underlåtenhet. Tingsrätten fann denna klausul stridande mot FML då mäklarbolaget genom klausulen försökt kringgå kravet om att rätten till provision kräver att avtal om överlåtelse kommit till stånd. Genom klausulen hade mäklarbolaget gjort anbud att köpa provisionsgrundande, och underlåtenhet att anta budet, vitesgrundande.

I hovrätten ändrade bolaget talan och hävdade istället att vitesklausulen utgjorde ett avtal om ersättning. Hovrätten konstaterade att det råder avtalsfrihet när det gäller ersättningar som skall utgå för mäklaruppdrag. Ett avtal av den typ det var frågan om stred således inte mot någon bestämmelse i mäklarlagen. Om avtalsinnehållet är oskäligt skall det angripas med tillämpning av lagen om förbud mot oskäliga avtalsvillkor eller 36§ Avtalslagen. Däremot om en mäklare systematiskt ställer upp oskäligen avtalsvillkor, strider det mot god fastighetsmäklarsed enligt FML. Med beaktande av att uppdraget hade varat kort tid (4 dagar) och inte föranlett mäklarbolaget någon större arbetsinsats fann hovrätten avtalsvillkoret som oskäligt enligt 36§ Avtalslagen.

¹¹⁷ Se avsnitt 7.2.1 om ensamrätt.

¹¹⁸ Prop 1983/84 s 47

¹¹⁹ RH 1990:108

7 Påföljder för fastighetsmäklare som inte uppfyller sina civilrättsliga skyldigheter

Mäklaren kan, om han inte sköter sitt yrke enligt lagen, bli föremål för en rad påföljder: varning, återkallelse av registrering, utgivande av skadestånd, nedsättning av provisionen och böter eller fängelse. Medan de två första sanktionerna, varning och återkallelse av registrering, kan göras gällande vid både civilrättsliga och näringsrättsliga situationer, så är skadestånd (FML 20§) och nedsättning av provisionen rena civilrättsliga påföljder.

7.1 Varning och återkallelse av registrering

Fastighetsmäklarnämnden är det organ som skall utöva kontroll och tillsyn. Detta framgår av 7 § i FML. I rollen som tillsynsmyndighet ligger att nämnden skall ta upp och utreda inte bara sådana ärenden som aktualiseras genom anmälningar utan nämnden bör även ta egna initiativ för att undersöka förhållanden som kommer till deras kännedom på annat sätt. Uppslag till sådana initiativ kan fås genom att något visst fall uppmärksammas i massmedia eller via mäklarens annonsering. Det kan också vara så att nämnden finner anledning att bland ett antal mäklare utreda om en viss praxis, som nämnden funnit skäl att ingripa mot, tillämpas.¹²⁰

De påföljder som står till buds för Fastighetsmäklarnämnden om mäklaren handlat i strid mot sina skyldigheter enligt FML är återkallelse av registrering eller, vid mindre allvarliga saker, varning.

Enligt tredje punkten i 8 § kan en registrering återkallas när en mäklare handlar i strid mot sina skyldigheter enligt FML. Genom detta kopplas sanktionsmöjligheterna inte bara till samtliga specifika bestämmelser i lagen som berör mäklarens arbete, utan även mäklarens generellt formulerade skyldighet i 12 § att i allt iakttä god fastighetsmäklarsed, omfattas av tredje punkten.¹²¹

När nämnden överväger att återkalla en registrering skall den ta hänsyn till hur länge mäklaren har varit yrkesverksam och hur han har skött sina uppdrag under den tiden. Den generella utgångspunkten bör vara att avregistrering skall ske om det inte vid en samlad bedömning av samtliga omständigheter finns anledning att utgå ifrån att mäklaren, trots dokumenterad brottslighet eller de andra omständigheter som det kan vara fråga om, kan anses vara lämplig att fortsätta verksamheten som fastighetsmäklare. Det övergripande syftet med lämplighetsbedömningen skall vara att, med omsorg om mäklarnas uppdragsgivare och deras motparter, verka för en god standard inom mäklarkåren och att hänsynen till mäklarens personliga intresse i saken inte får tillmätas så stor betydelse att det övergripande målet sätts åt sidan.¹²² Efter en genomgång i praxis finner man att antalet återkallelser av registreringar är

¹²⁰ Prop 1994/95: 14 s 67

¹²¹ Prop 1994/95: 14 s 69

¹²² Prop 1994/95:14 s 69

förhållandevis få.¹²³ Då återkallelse skett har det berott på brottsliga förfaranden från mäklaren eller förfaranden som gränsar till det brottsliga. När det gäller åsidosättande av skyldigheter som mäklaren har enligt 11-19 i FML måste nog mycket allvarliga överträdelser begås för att det skall bli fråga om en avregistrering. De flesta mäklare får i sådana fall istället en varning.

Om Fastighetsmäklarnämnden återkallar en registrering eller utdelar en varning gäller beslutet omedelbart. Överklagande skall ske till länsrätten.¹²⁴

I tredje stycket 8 § har tagits in en ny bestämmelse som gör det möjligt att avstå från påföljd om en förseelse är ringa. Eftersom paragrafen enligt sin ordalydelse kan tillämpas i en rad skilda situationer, måste det finnas en möjlighet att avstå från påföljd när det är fråga om enklare förseelser och en varning framstår som en för sträng påföljd. När valet står mellan att varna och avstå från påföljd - dvs. när registreringen inte står på spel - bör bedömningen enbart avse den anmärkning som riktats mot mäklaren. Sådana hänsyn som gör sig gällande när en avregistrering är aktuell skall i princip inte påverka frågan om en varning skall utdelas eller inte.

Exempel på förseelser där det kan bli aktuellt att avstå från påföljd kan vara underlåtenhet att överlämna en individuellt anpassad boendekostnads kalkyl, där underlåtenheten saknat betydelse, tecknandet av ett ensamrättsavtal för längre tid än tre månader med någon dags avvikelse eller att uppträda som ombud i strid mot 15 § men någon skada ej uppkommit.

7.2 Nedsättning av provisionen

I 23 § FML finns en bestämmelse som innebär att fastighetsmäklarens ersättning kan sättas ned om mäklaren åsidosatt sina skyldigheter mot köpare och säljare. Bestämmelsen är avsedd att ge möjlighet att sätta ned mäklarens ersättning i situationer då han åsidosatt sina åligganden även om det inte uppstått någon skada. Bestämmelsen sätter därför press på mäklaren att uppfylla samtliga sina skyldigheter vid utförandet av uppdraget.¹²⁵ Om mäklaren t.ex. underlåter att upprätta köpehandlingar eller boendekostnads kalkyl kan ersättningen sättas ned med denna bestämmelsen. En annan situation då nedsättningsregeln får betydelse är om mäklaren innehar ett uppdrag med ensamrätt och han missköter uppdraget. Han lägger t.ex. inte ner några ansträngningar för att förmedla fastigheten. Uppdragsgivaren kanske tar saken i egna händer och säljer fastigheten. Enligt FML har dock mäklaren ändå rätt till provision i sådana fall. Provisionen kan emellertid nedsättas, eventuellt till noll, med stöd av nedsättningsregeln. Undantag görs om förseelsen är av ringa betydelse. Vad detta innebär får avgöras från fall till fall. I ett hovrättsfall kom en mäklare för sent till visningen.¹²⁶ När mäklaren dök upp hade mer än halva visningstiden gått. Anledningen var att mäklaren glömt ställa om klockan vid övergång till sommartid. Den sena ankomsten bedömdes som ett icke

¹²³ Detta påstående grundar jag på konsumentverkets sammanställning av rättsfall: Fastighetsmäklarens ansvar mm, Rapport 1992/93:1 och sökningar i Rättsbanken.

¹²⁴ FML 9 §

¹²⁵ Prop 1983/84:16 s 49

¹²⁶ Målnummer T 2099/94,

ringa åsidosättande av fastighetsmäklarens åligganden mot säljaren som berättigades att hålla inne med halva mäklararvodet. Hovrätten uttalade att höga krav måste ställas på noggrannheten av utförandet av ett uppdrag för vilket en näringsidkare förbehåller sig relativt god ersättning som den fordrade provisionssatsen leder till. Ett flertal spekulanter hade hunnit lämna fastigheten innan mäklaren slutligen infann sig. Det var vidare tänkbart att spekulanternas benägenhet att pruta ökade när det genom flera visningar stod klart att fastigheten inte var helt lättsåld. Ett exempel på ringa förseelse är enligt förarbetena om mäklaren glömt att redovisa några av de uppgifter som skall finnas med i objektsbeskrivningen.¹²⁷

Nedsättning av ersättningen kan förekomma vid sidan av skadeståndsansvar för en och samma försummelse av mäklaren. Om skada drabbar den av parterna i överlåtelsen som har betalningsansvar för provisionen, blir mäklaren skadeståndsansvarig mot denne samtidigt som hans provision nedsätts. Skadeståndet och vad som eventuellt kvarstår av mäklarens provision utgör då motstående fordringar som kan kvittas i den mån de täcker varandra.¹²⁸

7.3 Skadestånd

7.3.1 Vem kan få skadestånd?

Enligt 20 § i FML blir mäklare som ej uppfyllt sina skyldigheter enligt paragraf 11-19 skadeståndsskyldig om handlandet eller underlåtenhet medfört att köparen eller säljaren drabbats av skada. Skadeståndsansvaret för fastighetsmäklaren grundar sig på kontraktsrättsliga skadeståndsprinciper vilket innebär att mäklaren blir skyldig att ersätta den förmögenhetsskada som han orsakat sin uppdragsgivare genom eget vållande. Mäklaren står dock egentligen inte i något direkt kontraktsförhållande med uppdragsgivarens motpart. Eftersom ansvaret för förmögenhetsskada i utomkontraktuella förhållanden är inskränkt till brottsliga förfaranden skulle dock mäklarens ansvar mot uppdragsgivarens motpart vara mycket begränsat om man betraktade förhållandet dem emellan som utomkontraktuellt. På grund av att mäklarens skyldigheter mot säljare eller köpare i stor utsträckning är likartade och genom att mäklaren uppträder som förtroendeman för båda parter anses därför mäklaren stå i ett kontraktsliknande förhållande med uppdragsgivarens motpart. Mäklaren svarar därför även gentemot uppdragsgivarens motpart för förmögenhetsskada som han orsakat genom vållande.¹²⁹ En person med s.k. dold äganderätt i en fastighet torde dock inte stå i ett tillräckligt nära förhållande till en mäklare för att kunna rikta skadeståndsanspråk mot denne. Stöd för detta finns i ett hovrättsfall som gällde frågan om en person som genom en bulvan förvärvat en fastighet, kunde rikta skadeståndsanspråk mot mäklaren som förmedlat fastigheten.¹³⁰ HD har i flera rättsfall i början av 80-talet fastslagit att en person kan inneha en dold äganderätt till en fastighet.¹³¹ I ett annat rättsfall än det nu nämnda, NJA 1993 s 324, har HD uttalat att en dold äganderätt till en fastighet inte är en äganderätt i vanlig mening. Den utgör ett obligationsrättsligt anspråk mot den öppna ägaren. Den dolde ägaren vinner skydd

¹²⁷ Prop 1983/84:16 s 49

¹²⁸ Prop 1983/84:16 s 49

¹²⁹ SOU 1981:102, Fastighetsförmedlingslag Betänkande av Småhusköpskommittén s 99

¹³⁰ RH 1994:122

¹³¹ Bl.a. NJA 1983 s 550

för sitt äganderättsanspråk först genom en formenlig överlåtelse från den öppne ägaren till den dolde eller genom en lagakraftvunnen dom på förvärvet. Den dolde ägaren kan sålunda inte rikta några anspråk mot någon annan än den öppne ägaren enligt HD:s praxis.

Av allmänna avtalsrättsliga avtalsprinciper följer att ömsesidiga förpliktelser normalt endast uppkommer genom avtalsparterna, dvs. i ett fall som det ovan nämnda mellan säljaren och bulvanen och mellan bulvanen och dennes huvudman. HovR fann att huvudmannen, mellan tiden från bulvanens förvärv till dennes överlåtelse till huvudmannen, haft en dold äganderätt till fastigheten. Under denna tid har huvudmannen kunnat rikta anspråk mot bulvanen, men ej mot säljaren, allt enligt HD:s praxis. HovR fann därför att huvudmannen ej kunde anses som köpare i den mening som avses i FML. Huvudmannen kunde därför ej rikta några skadeståndsanspråk mot mäklaren.

Mäklaren skall enligt 20 § ersätta köpare eller säljare. Med detta förstås även presumtiva köpare eller säljare även om det endast undantagsvis kan förekomma att någon som ej ännu tecknat avtal om fullbordad försäljning kan drabbas av skada p.g.a. av mäklarens beteende. Förarbetena ger ett exempel; en mäklare som omintetgör en nästan fullbordad försäljning p.g.a. något misstag med påföljden att uppdragsgivaren drabbas av merkostnader.¹³²

7.3.2 Förutsättningar för skadestånd

Grundförutsättningarna för att en skada skall anses ha uppkommit är att köparen eller säljaren skall ha drabbats av ekonomisk skada. Det måste vidare finnas ett orsakssamband mellan skadan och mäklarens handlande eller underlåtenhet att handla enligt paragraferna 11-19 i FML. Det ankommer dock på säljaren eller köparen att visa att skada uppstått.

Ibland kan det emellertid vara mycket svårt att visa att skada har uppkommit. Så kan vara fallet när mäklaren givit ett felaktigt skatteråd. Som exempel kan nämnas det fallet att uppdragsgivaren på grund av försäljningen har påförts högre realisationsvinstskatt än som förutsetts av mäklaren eller om mäklaren säger att säljaren har rätt till uppskov med beskattningen och det senare visar sig att någon rätt till uppskov ej föreligger. För att få skadestånd torde uppdragsgivaren bl.a. vara tvungen att visa att han med vetskap om den verkliga skatten överhuvudtaget ej skulle ha sålt fastigheten. Det kan även i andra fall vara svårt att avgöra om skada uppkommit. Dessa frågor får slutligen lösas i rättstillämpningen med ledning av allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser.¹³³

Det skall framhållas att om mäklaren har åsidosatt sina skyldigheter enligt 11-19 §§ i FML så är den påföljd som i första hand bör användas nedsättning eller bortfall av provisionen. Denna påföljd kan som tidigare sagts dömas ut även om någon skada ej uppkommit.¹³⁴

¹³² Prop 1983/84: 16 s 42

¹³³ Prop 1983/84: 16 s 43

¹³⁴ SOU 1981:102 s 100

7.3.3 Jämkning av skadestånd

Om den skadelidande (säljaren eller köparen) varit medansvarig för uppkomsten av den egna skadan kan skadeståndet sättas ned helt eller delvis. Förutsättningen är enligt lagtexten i 20 § 1 st sista meningen, att det skall vara skäligt. I sådana fall, dvs. när mäklare och skadelidande är vållande till skadan, skall dock skadeståndsansvaret som regel bäras av mäklaren. Vid bedömningen av huruvida ett skadestånd skall jämkas eller inte bör i första hand beaktas sådana omständigheter som enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer kan leda till jämkning.¹³⁵ I specialmotiveringen till 6 kap 2§ skadeståndslagen sägs följande om jämkning: ”Ett skadestånd [kan] aldrig anses oskäligt betungande för den skadeståndsskyldige, om skadeståndet täcks av en ansvarsförsäkring eller när den ansvarige är att anse som självförsäkrare.”¹³⁶ Jämkningsregeln i FML skall därför tillämpas mycket restriktivt. Konsekvensen av det ovan anförda innebär enligt Kleineman att det föreligger förutsättning för jämkning om skadans storlek överstiger beloppet för ansvarsförsäkringen.¹³⁷ Med tanke på att försäkringen skall täcka 1 500 000 för varje skadefall torde uppkomsten av ett sådant fall dock vara nästan obefintlig.¹³⁸

7.3.4 Mäklarens regressrätt

En särskild fråga är vad som bör gälla när köparen tillfogats skada p.g.a. att fastigheten avviker från vad han haft anledning att räkna med då säljaren enligt JB 4 kap ansvarar för felet. Det kan röra sig om ett rättsligt fel, rådighetsfel eller faktiskt fel i fastigheten.¹³⁹ I första hand regleras detta genom att köpeskillingen sätts ned. Mäklaren kan dock jämte säljaren vara ansvarig för felet om han uppsåtligen eller av oaktsamhet försummat sin upplysningsskyldighet enligt FML. Den inbördes fördelningen av ansvaret mellan säljaren och mäklaren skall i sådana fall göras efter skälighet. I sådana situationer vänder sig nog oftast köparen mot mäklaren eftersom denne har ansvarsförsäkring. För att säljarens ansvar enligt JB 4 kap då inte skall urholkas bör det slutliga ansvaret för skadan falla på säljaren. Detta har gjorts möjligt genom att mäklaren i 20 § FML har givits en lagstadgad regressrätt mot säljaren. Om mäklaren utgett skadestånd till köparen har han således rätt att kräva tillbaka detta belopp om säljaren enligt JB 4 kap skulle svarat för skadan. Undantag bör dock gälla då ett sådant återkrav är oskäligt. Detta är fallet om köparens skada huvudsakligen vållats av mäklaren.¹⁴⁰ Om det kan fastställas att mäklaren och säljaren bär ansvaret till lika stora delar t.ex. om de båda förtigit förekomsten av ett dolt fel som de haft vetskap om menar jag att ansvaret borde delas dem emellan. Därmed har jag inte sagt att säljaren för den skull har en skyldighet att upplysa om dolda fel. Det är dock i detta fall av avgörande betydelse att säljaren haft vetskap om felet.

Sammanfattningsvis är förutsättningarna för att mäklaren skall ha regressrätt följande:

- Skadan som tillfogats köparen måste bero på ett rättsligt fel, rådighetsfel eller faktiskt fel.

¹³⁵ Prop 1983/84:16 s 43

¹³⁶ Prop 1975:12 s 176

¹³⁷ Kleineman, Jan, Rådgivares informationsansvar - en probleminventering, SvJT 1998 s 208 f

¹³⁸ Fastighetsmäklarförordning 1995:1028, 11 §

¹³⁹ Se avsnitt 7.11 Kontrollansvaret

¹⁴⁰ Prop 1983/84: 16 s 17

- Inte bara mäklaren utan också säljaren skall vara ansvarig för felet. Detta innebär att regressrätten ej kan utnyttjas då säljaren gjort en giltig påföljdsfriskrivning. Detta kan dock säljaren inte göra om han har vetskap om ett dolt fel. I sådana fall kan man säga att säljaren har en plikt att upplysa om felet.

- Återkrav får endast ske i den mån det inte är oskäligt att säljaren i sista hand bär ansvaret ensam. Exempel på fall när det är oskäligt kan vara att mäklaren förtiger förekomsten av ett dolt fel som säljaren har ansvar för men ej känt till. Ett annat exempel är om mäklaren av vårdslöshet underlåtit att vidarebefordra en upplysning från säljaren om ett för köparen dolt fel i fastigheten.

8 Sammanfattning

Den nya FML har nu varit i kraft i tre år. Jag tycker att det är lite för tidigt att säga om målen med den nya lagen har uppnåtts. Ett av målen var ju att komma tillrätta med missförhållandena i mäklarbranschen genom tydligare civilrättsliga handlingsregler för hur mäklaren skall uppträda. FML är fortfarande en ramlag där mycket av den närmare utformningen fortfarande ligger i händerna på rättstillämpningen. Enligt min uppfattning har dock de nya regler som införts förtydligat mäklarens handlingsregler och även givit ökat konsumentskydd. Den nya mäklarlagen har medfört att mäklaren har fått ett strängare ansvar både mot sin uppdragsgivare och dennes motpart. Detta medför i sin tur att mäklaren noggrant måste dokumentera sitt handlingsätt för att skydda sig mot eventuella skadeståndskrav. Mäklaren skall dock ha ett strängt ansvar mot dem han tjänar. Mäklaren förväntas vara en professionell yrkesman. Köpare och säljare har därför all rätt att ställa höga krav på de tjänster som mäklaren tillhandahåller.

När det gäller mäklarrollen har kritik riktats mot att fastighetsmäklaren i alla avseenden skall vara en opartisk mellanman. Kritiken är befogad då definitionen på ”affärsmässiga överväganden” är oklar. Om man anlägger en vid tolkning av begreppet ”affärsmässiga överväganden” omfattar detta betydligt mer än priset på en fastighet. Denna oklarhet kan leda till onödiga tvister om mäklaren varit opartisk eller inte.

Förbudet mot verksamhet som kan rubba förtroendet för mäklaren måste enligt min övertygelse tillämpas restriktivt. På små orter bär inte marknaden upp en fastighetsmäklare. Konsultföretag har därför blandad verksamhet där fastighetsförmedlingen endast utgör en del av verksamheten. Skulle tillämpningen av förbudet bli alltför sträng slår man undan fötterna på dessa näringsidkare. Detta skulle också ha den nackdelen för konsumenterna att närheten till fastighetsmäklarna försvann.

Vad gäller upplysningsplikten är fortfarande mäklarlagen mycket oklar. FMLs och JB:s fjärde kapitelns förhållande till varandra är inte klarlagt. Att lösa detta problem är dock lättare sagt än gjort. Jag har funnit att det inte kan finnas någon klar avgränsning mellan mäklarens upplysningsplikt och köparens undersökningsplikt så som reglerna ser ut idag. Mäklaren är en yrkesman. Det bör därför förväntas att denne kan ge köparen en hygglig uppfattning om det finns några faktiska brister i fastigheten. Samtidigt ger JB köparen en plikt att själv upptäcka faktiska brister i fastigheten. Att omvandla mäklarens upplysningsplikt till en undersökningsplikt vore fel. Detta hade urholkat köparens ansvar. Att däremot helt frikänna mäklaren från allt vad upplysningskyldighet heter vore också fel. Mäklaren skulle då även i de mest uppenbara fall av fel alltid kunna hävda att han inte kände till felet och därför inte kunde upplysa om det. Den avgörande frågan blir alltid om mäklaren kan ha haft vetskap om felet. Har han haft detta skall han upplysa köparen om det, trots att felet ligger inom ramen för köparens undersökningsplikt. Genom att de flesta fastigheter idag genomgår en s.k. jordabalksbesiktning är det möjligt att frågan får allt mindre praktisk betydelse eftersom besiktningsmannen träder in som upplysare istället för mäklaren.

Säljaren får vara på sin vakt för de upplysningar som mäklaren lämnar. Har säljaren fått vetskap om att mäklaren lämnat felaktiga uppgifter måste han dementera dem för köparen för att inte bli ansvarig. Däremot om mäklaren lämnar felaktiga uppgifter om fastigheten över huvudet på säljaren, denne ovetande, skall enligt min uppfattning mäklaren svara för detta.

En ny och intressant företeelse i fastighetsmäklarbranschen är överlåtelseförsäkringen. Försäkringen avser dolda fel i fastigheten och gäller i 10 år. Parterna i ett fastighetsköp kan därmed skydda sig från oväntade kostnader i framtiden. Mäklaren kan dock ha ett eget intresse av att en försäkring tecknas då den fungerar som ett trygghetsargument som underlättar förmedling och som en kostnadsfri extraförsäkring mot dolda fel utöver ansvarsförsäkringen.

Mäklaren är skyldiga att kontrollera om förmedlingsobjektet har några rättsliga belastningar. Denna kontroll kan behöva göras mer än en gång för att säkerhetsställa att uppgifterna om objektet är riktiga på tillträdesdagen.

Boendekostnadskalkylen skall föras med goda säkerhetsmarginaler. Avvikelsen torde inte få vara mer än 10 procent. Om kalkylen är för snålt tilltagen blir mäklaren ansvarig både mot säljare och köpare. Om köparen vägrar lämna uppgifter om sin ekonomi skall mäklaren se till att få en skriftlig bekräftelse på att köparen av sagt sig rätten till boendekostnadskalkyl.

Mäklarens skadeståndsansvar grundar sig på kontraktsrättsliga skadeståndsprinciper. Då mäklarens skyldigheter mot uppdragsgivaren och dennes motpart är likartade anses uppdragsgivarens motpart stå i ett kontraktliknande förhållande till mäklaren. En person med s.k. dold äganderätt till fastighet står dock inte i ett tillräckligt nära förhållande till mäklaren för att kunna rikta skadeståndsanspråk mot denne.

Till sist tror jag att konsumenternas ställning vid fastighetsförmedling kommer att stärkas ytterligare genom informationsteknologins framfart. Det är idag mycket lätt att skaffa sig information om vad som gäller enligt mäklarlagen, vad man bör tänka på vid en fastighetsaffär, vilka skyldigheter mäklaren har, fastighetsmarknadens utbud osv. Lycksökare kommer alltid att finnas i branschen, men den ökande tillgängligheten för konsumenterna att nå ut till mäklarna kommer säkerligen skapa förutsättningar för främjandet av en god mäklarkår.

12 Käll- och Litteraturförteckning

Offentligt tryck

SOU 1981:102	Fastighetsförmedlingslag
Prop 1975:12	Med förslag till lag om ändring av skadeståndslagen, (1972:207), m.m.
Prop 1983/84:16	Om fastighetsmäklare
Prop 1989/90:77	Om konsumentskyddet vid förvärv av småhus m.m.
Prop 1994/95:14	Ny fastighetsmäklarlag

Litteratur

Ankarswed, Christer	Fastighetsmäklarens ansvar, Konsultförlaget AB, Uppsala 1994
Cervin, Sallsnäs	Fastighetsmäklaren - en kommentar till 1995 års Fastighetsmäklarlag, Malmö 1995
Evers, Jan	Argumentationsanalys för jurister, Andra upplagan, Malmö 1993
Grauers, Folke	Fastighetsköp 13:e upplagan, Lund 1994
Håstad, Torgny	Sakrätt avseende lös egendom, sjätte omarbetade upplagan, Uppsala 1996
Zacharias, Claude	Fastighetsmäklarlagen i praktisk tillämpning, Stockholm 1995

Artiklar

Fehr, Martin	Mäklarens rättsliga ställning, SvJT 1925 s 89 ff
Kleineman, Jan	Rådgivares informationsansvar - en probleminventering, SvJT 1998 s 208
Malmberg, Jonas	Om fastighetssäljares ansvar för mäklarens uppgifter och insikter, SvJT 1993 s 863 ff
Råd och rön	Många mäklare bryter mot lagen Råd och Rön nr 5/95
Skårstedt, Jan	Överlåtelseförsäkring - skyddsnät mot dolda fel, Fastighetsmäklar fakta april 1998
Beckman, Lars K	Anm. av Ulf Cervin, Fastighetsmäklaren, Juridiska föreningen i Lund 1982

Rättsfall

NJA

NJA 1975 s 748

NJA 1983 s 109

NJA 1983 s 550

NJA 1987 s 517

NJA 1997 s 65

RH

RH 1990:108

RH 1994:122

Göta Hovrätt

Göta Hovrätts dom

1989-02-23 avd 2 DT

28

Hovrätten för övre Norrland

Dom 1990-02-12 mål nr

T61/89, dom nr DT

2015

Trelleborgs tingsrätt

Dom 1989-10-26 mål nr

T 656/88, dom nr DT

394

Svea Hovrätt

Dom 1995-05-11 mål nr

T 2099/94, dom nr DT

47

Stockholms tingsrätt

Dom 1992-02-26, mål

nr T-9-34-90 dom nr

DT 28

Branschpraxis

AN 7/87

AN 7/91

FRN dnr 081/88

FRN dnr 112/89

FRN dnr 04/92

FRN dnr 79/93

FRN dnr 111/94

Övrigt

Rapport 1992/93:1

Fastighetsmäklarens ansvar mm, konsumentverkets sammanställning av rättsfall

