

Kan fastighetsmäklaren vara en opartisk mellanman?

Svaret på frågeställningen är enligt mitt förmenade i huvudsak nej, och jag skall närmare i denna artikel beröra spörsmålet om fastighetsmäklarens roll och de på senare tid framförda kraven att denne skall vara en opartisk mellanman.

Frågan om mäklarens roll som opartisk mellanman har stor betydelse för den enskilde fastighetsmäklaren och enär såväl det framlagda förslaget till Ny fastighetsmäklarlag DsJu 1992:87, den numera framlagda lagrådsremissen av den femte maj 1994, som Mäklarsamfundet, förfäktar en annan uppfattning än den jag står för, synes läsekretsen av Svensk Juristtidning därför ha ett intresse av att ta del av mina reflexioner såvitt avser fastighetsmäklarens roll, som opartisk mellanman, med skyldighet att till lika delar ta tillvara såväl säljarens *som* köparens intresse.

Fastighetsmäklarens ställning enligt förslaget till ny fastighetsmäklarlag DsJu 1992:87

I några debattartiklar har jag berört fastighetsmäklarens ansvar och dennes förhållande till såväl säljare som köpare (SvJT 1992 s. 796 ff. och 1994 s. 204 ff. samt Fastighetsmäklaren nr 2 och 4/1992 samt 4/1993). Jag har i dessa sammanhang bl. a. framfört att det framlagda förslaget framför allt på en punkt, nämligen beträffande fastighetsmäklarens ställning i förhållande till säljare och köpare, är såväl oförmånligt som orimligt visavi den verksamhet fastighetsmäklarna skall bedriva. På grund härav anser jag också förslaget i denna del som ett utslag för en felaktig uppfattning om hur det egentligen förhåller sig.

Remissbehandlingen av DsJu 1992:87 är avslutad och en översyn av remissyttrandena har skett. Av de remissyttrandena som jag tagit del av styrks jag i min uppfattning om att de grunder på vilka förslaget vilar är felaktiga.

Enligt promemorian föreslås den nya mäklarlagen träda i kraft per den 1 januari 1994, vilket inte skett. I stället uttalar regeringen i sin remiss att den nya lagen bör träda i kraft den 1 januari 1995. Fastighetsmäklaren skall enligt 9 § i den nuvarande mäklarlagen, fullgöra bl. a. dels den s. k. omsorgsplikten, vilken i huvudsak berör förhållandet mellan fastighetsmäklaren och uppdragslämnaren, dels god fastighetsmäklarsed.

Jag förmenar att mäklaren av naturliga skäl främst *skall* tillvarata sin uppdragsgivares intressen. Detta följer av själva omsorgsplikten. Men mäklaren skall också beakta köparens intressen. Detta följer bl. a. av god fastighetsmäklarsed. De situationer som avses anges också i den nu gällande lagtexten. Skälet härför är att båda parter anses ha ett berättigat intresse att ta del av "information om förhållanden som är av betydelse för dem", (prop. 1983/84:16 s. 13).

I DsJu 1992:87, föreslås en förändring härvidlag genom att den nuvarande 9 § föreslås ersättas av en ny 12 § där 1 st. har följande lydelse:

"Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt med iakttagande av både säljarens och köparens intresse. Han skall i allt iakttä god fastighetsmäklarsed."

Paragrafen har ändrats i språklig betydelse syftande till att understryka fastighetsmäklarens speciella ställning som mellanman.

Förslaget i DsJu 1992:87 medför att hänsyn inte bara skall tas till uppdragsgivarens intresse vid utövandet av omsorgsplikten utan också att hänsyn jämväl skall tas till köparens intresse. Innebörden av att fastighetsmäklaren "i allt" skall iaktta god fastighetsmäklarsed är att understryka vikten av att fastighetsmäklaren iakttar god fastighetsmäklarsed inte bra vid fullgörande av förmedlingsuppdrag utan även i andra sammanhang när denne uppträder i sin egenskap av fastighetsmäklaren (DsJu 1992:87 s. 93).

Vad menas då med uttrycket mellanman ?

Mellanmannen — en definition

Med *mellanman* förstås normalt någon som erhållit i uppdrag att självständigt rättshandla för den ene eller den andre parten. Huvudfigurer inom mellanmansrätten anses vara dels fullmäktigen och dels kommissionären, vilka båda har makt att under vissa givna förutsättningar binda sin huvudman dvs. den som mellanmannen företräder. Med mellanman avses således någon som handlar *för någon annans räkning*. Vad består då detta handlande i? Mellanmannen skall företa en rättshandling. Det kan t. ex. handla om att för huvudmannens räkning underteckna ett avtal. Bland de uppgifter som också anses omfattas av mellanmannens uppgifter hör uppgifter som t. ex. omhändertagande av gods som mellanmannen skall sälja eller i vissa fall har inköpt för huvudmannens räkning. Är då verkligen en fastighetsmäklare att anse som en mellanman ?

Mäklarens huvudsakliga uppgift är *förmedla ett objekt* genom att sammanföra parter som är intresserade av att ingå ett köpeavtal rörande objektet i fråga. Mäklaren kan dock i olika utsträckning också *biträda* parterna t. ex. genom anskaffande av lån, upprättande av avtalshandlingar, påpekanden om nödvändigheten av s. k. jordabalksbesiktning m. m.

Det väsentliga för en mellanman är att handla *för någon annans räkning*. Skillnaden kan tyckas liten men existerar dock eftersom tonvikten på vad som är väsentligt för en mellanman respektive en mäklare är något olika. Detta till trots vill jag ändå påstå att mäklaren är en mellanman.

Redan det förhållandet att mellanmannen handlar för någon annans räkning, innebär enligt mitt förmenande med nödvändighet att mäklaren inte kan vara opartisk, och att uttrycket *opartisk mellanman* därmed är ett olämpligt begrepp i detta sammanhang.

Vidare anser jag att det är naturligt för en säljare av ett objekt att förvänta sig av en den uppdragsmottagande fastighetsmäklaren, vid genomförande av sitt uppdrag medvetet eller ej, tar större hänsyn till sin uppdragsgivares önskemål. Inte minst torde detta förhållande framstå som självklart av det enkla skälet att det är uppdragsgivaren som i normalfallet ersätter fastighetsmäklaren.

Eftersom min kritik i detta avseende går emot såväl den i förslaget som i lagrådsremissen förfäktade uppfattningen om att fastighetsmäklaren är en opartisk mellanman synes av intresse att återge delar av förslagets innehåll i denna del (Ds 1992:82 s. 54 ff.).

”Småhuskommittén föreslog i betänkandet SOU 1981:102 Fastighetsförmedlingslag att en mäklare, utöver iakttagandet av omsorgsplikt och god fastighetsmäklarsed, skulle bistå säljare och köpare med erforderliga råd och upplysningar och så långt som möjligt söka tillgodose båda parter berättigade intressen (s. 200 f.). I sitt yttrande över det remitterade utredningsförslaget invände Sveriges advokatsamfund i denna del att kommittén betydligt överdrivit mäklarens möjlighet att uppträda som en i förhållande till båda parter helt fri och obunden mellanman. Samfundet satte också i fråga om en så total obundenhet och absolut neutralitet över huvud taget är eftersträvansvärd samt framhöll att all erfarenhet i själva verket talar mot möjligheten av att tjäna två uppdragsgivare i situationer där deras intressen är sinsemellan oförenliga. Det framhölls att samfundet visserligen accepterade att mäklaren i många fall bör vara en sakkunnig, som både säljare och köpare skall kunna förlita sig på. Samfundet underströk emellertid att i sådana förhandlingssituationer som uppkommer beträffande prissättning, betalningsvillkor och andra direkt affärsrättsliga överväganden, det rimligen måste åligga mäklaren att i första hand bevaka uppdragsgivarens intressen och att i varje fall inte uppträda på ett sätt som innebär att han går motpartens ärenden. Mäklaren — framhöll samfundet — har i sitt uppdrag från den ena parten och denne har rätt att, som i uppdragsförhållanden i allmänhet, fordra att mäklaren lojalt uppfyller sina åligganden. Enligt samfundets mening borde det i själva verket ha varit angeläget för kommittén att framhålla vikten av att köparen — genom egna rådgivare — skaffar sig den tekniska och juridiska sakkunskap som kan vara erforderlig för att han skall kunna ta ställning i olika frågor....

Det bör anmärkas att av de sammanslutningar av mäklare som lämnade synpunkter på småhuskommitténs förslag ingen invändning gjordes mot förslaget i den del som nu diskuteras. Det förhållandet kan inte gärna tolkas på annat sätt än att det opartiska förhållningssätt som föreslogs av utredningen gav uttryck för vad som redan ansågs gälla inom branschen. I vart fall framfördes därifrån inga farhågor om att en mäklare inte skulle kunna verka under sådana förutsättningar. Det synsätt som advokatsamfundet i denna del har fört fram i sitt remissvar avspeglar vad som i regel gäller för tjänsteuppdrag i allmänhet, t. ex. i advokatverksamhet ... Kärnan i fastighetsmäklarens uppdrag ligger i att han skall sammanföra parter som har intresse av att sluta avtal med varandra. Det är också för detta som mäklaren traditionellt har ansetts vara berättigad till provision. Att fastighetsmäklarens uppdrag med tiden har vidgats så att ha regelmässigt utför en hel del övrigt arbete som syftar till att underlätta för parterna att träffa avtal kan inte tas som intäkt för att hans traditionella ställning som en opartisk mellanman har övergivits och att han i stället skall ta tillvara säljarens intresse framför köparens. Det ligger i stället ett särskilt värde i att fastighetsmäklaren behåller sin ställning som en opartisk mellanman som båda parter kan ha förtroende för.”

Enligt mitt förmenande saknar den i förslaget framförda åsikten verklighetsförankring. Möjligen skulle fastighetsmäklaren kunna iakttä större distans till sin uppdragsgivare än vad som idag är fallet om såväl säljare som köpare betalade fastighetsmäklaren för dennes arbete. Någon sådan bestämmelse har dock inte framlagts utan förslaget innehåller oförändrade regler i denna del. Det ovan berörda remissvaret från Sveriges Advokatsamfund står sig därför enligt min mening än idag.

För det fall det framlagda förslaget om ny mäklarlag i denna del antas som lag, något som förefaller sannolikt med tanke på att lagrådsremissen inte innehåller någon avvikelse i denna del, stundar bistra tider för fastighetsmäklarna. Måhända kan en konsekvens av förslaget bli att presumtiva säljare i större utsträckning än vad som i dag är fallet, väljer att avyttra sina objekt i egen regi. Varför gå till en förmedlare och betala för att denne skall ta tillvara också köparens intresse i lika hög grad som säljarens eget? Något märkligt, kan tyckas mot bakgrund av det nu sagda, anser en av de större mäklarsammanslutningarna, Mäklarsamfundet, med eftertryck att mäklaren skall vara en opartisk mellanman. Det kan

därför vara av intresse att också beröra vad Mäklarsamfundet uttalat i denna fråga.

Mäklarsamfundets inställning

Mäklarsamfundet, uttalar i sin tidskrift Fastighetsmäklaren nr 4/1992, med hänvisning till nu gällande mäklarlag, att densamma bygger på uppfattningen att fastighetsmäklaren i "egenskap av medlare skall ... vara opartisk". Påståendet kan leda till missförstånd enär fastighetsmäklaren dels inte är en medlare men väl bedriver verksamhet som omfattar *förmedling* av bl. a. fastigheter dels påståendet i sig är omstritt.

Det ursprungliga förslaget till den nu gällande lagen ändrades just på den här punkten, bl. a. på grund av advokatsamfundets ovan berörda kritik i detta avseende.

Vidare uttalar Mäklarsamfundet i samma artikel, att dess inställning härvidlag bygger på "mycket långvarig praxis och sedvana inom branschen". Faktum är att jag blir synnerligen bekymrad när jag läser detta. Enligt mitt förmenande utgör Mäklarsamfundets påstående i denna del något som helt avviker från det rätta förhållandet, nämligen det att fastighetsmäklarna generellt anser sig företräda säljaren, utom i de fall där mäklaren erhållit uppdraget och också ersätts av köparen, av ett objekt. Att således hävda att den nu gällande lagen om fastighetsmäklare "kodifierade" branschpraxis är därför felaktigt. Detta framgår också av de uttalanden som gjorts av ett flertal remissinstanser i anledning av det framlagda förslaget på ny fastighetsmäklarlag.

Det ursprungliga kommittéförslaget löd nämligen (3 kap. 1 § 1 st.)

"Fastighetsmäklaren skall utföra sitt uppdrag omsorgsfullt och i allt iakttaga god fastighetsmäklarsed. Han skall bistå säljare och köpare med erforderliga råd och upplysningar och så långt som möjligt söka tillgodose båda parternas berättigade intressen"

Föredragande statsrådet uttalar i anslutning härtill (prop. 1983/84:16 s. 12 ff.) följande:

"Nära samband med kravet på god fastighetsmäklarsed har den principiella frågan om mäklarens roll i förhållande till både sin uppdragsgivare och dennes motpart. Enligt kommittén bör mäklaren inta en alltigenom oberoende och opartisk ställning gentemot båda parterna ... Beträffande de rent affärsmässiga övervägande som aktualiseras mellan parterna, främst prisfrågan, anser jag... att det inte är realistiskt att kräva att mäklaren är fullständigt neutral. Enligt min mening är det naturligt att mäklaren i sådana frågor har ett starkare band till den av parterna som har lämnat det ursprungliga uppdraget till honom ... det kan ... inte begäras att mäklaren i lika mån beaktar motpartens intressen. Jag anser därför i motsats till kommittén, att man inte bör ställa upp en bestämmelse om att mäklaren så långt som möjligt skall söka tillgodose båda parternas berättigade intressen."

I stället hänvisades till de bestämmelser i den nuvarande lagen som uttryckligen tar fasta på köparens intressen.

Mäklarsamfundet stöder vidare sin inställning på branschens tystnad. Det förtjänas därför att understrykas att underlåtenheten att inte beröra en fråga, inte med nödvändighet innebär ett instämmande i densamma.

Remissyttrandena

Av de remissyttrande jag tagit del av beträffande det nu framlagda förslaget på ny fastighetsmäklarlag framstår det som lämpligt att återge några av dessa.

Sveriges Aktiva Fastighetsmäklares Riksförbund (numera namnändrat till Fastighetsmäklarförbundet) har uttalat att förslaget ”bygger på den orimliga grundsynen, att fastighetsmäklaren skall uppträda som en i princip opartisk mellanman”.

Högskolemäklarföreningen har också uttalat sig för den av mig framförda åsikten.

Svensk Fastighetsförmedling kritiserar förslaget till den del denna berör mäklarens möjligheter att agera som ombud för endera parten. Något klart ställningstagande till den centrala frågan om fastighetsmäklaren skall vara och än mer intressant om denne kan agera, som en opartiskt mellanman, finns inte.

Svenska Fastighetsmäklarsällskapet har i sitt knapphändiga remissyttrande inte berört frågan överhuvudtaget.

För det fall Mäklarsamfundet verkligen vill hävda att nu berörda yttranden speglar ”mycket långvarig praxis och sedvana inom branschen”, så finner jag förhållandet anmärkningsvärt.

Sveriges Advokatsamfund har i sitt yttrande hänvisat till vad samfundet uttalade i samband med småhusköpskommitténs betänkande (SOU 1981:102) samt uttalat att ”Advokatsamfundets synpunkter framförda i ovannämnda remissyttrande gäller fortfarande och träffar i än högre grad den föreslagna reservationslösa bestämmelsen”.

Försäkringsförbundet uttalar å sin sida att ”Försäkringsförbundet kan inte dela denna syn på mäklarens ställning. Det går inte att komma ifrån att mäklaren har sitt uppdrag från endast den ena parten. Enligt förbundets bestämda mening finns det inte anledning att se mäklarrollen på annat sätt än i dag”.

Sveriges Bostadsrättsföreningars Centralorganisation Ek. För. (SBC) riktar också kritik mot förslaget i denna del. SBC påpekar att i ”nästan alla förmedlingar utgår ersättning i form av provision. Systemet innebär att mäklaren får mer betalt ju dyrare objektet är. Redan denna situation innebär att mäklaren har ett beroendeförhållande till säljaren. Det är inte möjligt för mäklaren att tillvarata båda parter intresse”.

Länstyrelsen i Stockholms län, förordar för sitt vidkommande en oförändrad lagstiftning i denna del.

Härutöver kan det inte bortses från att det föreligger en mycket stor brist inom mäklarbranschen när det inte finns en, utan flera organisationer vilka företräder mäklare. Det kan inte heller bortses från de fastighetsmäklare som väljer att stå utanför organisationerna och endast vara registrerade vid de olika länstyrelserna.

Redan nu berörda remissyttranden borde få, envar i allmänhet och i synnerhet Mäklarsamfundet och regeringen att inse att mycket allvarlig kritik framförts mot förslaget i nu berörd del, inte minst från ett flertal mäklarsammanslutningar. På grund härav förefaller det därför som mindre väl genomtänkt att reservationslöst hävda att mäklare skall vara

opartiska mellanmän liksom att hävda att denna uppfattning överensstämmer med branschpraxis.

Emellertid framgår av en artikel i Fastighetsmäklaren 1/1993, författad av professorn Sten Hillert, att Mäklarsamfundet i stället för att nedslås över reaktionerna på förslaget till ny fastighetsmäklarlag, ”finner det angeläget att principen om opartiskhet slås fast genom ett klart uttalande i lagtexten enligt promemorians förslag”!

Lagrådsremissen

I den ovan berörda lagrådsremissen uttalas att de

”nya avtalsrättsliga regler som föreslås tar sikte på hur mäklaren skall utföra sina *förmedlingsuppdrag* (min kursivering). Grundprincipen, som går igen i flera av reglerna, är att mäklaren skall uppträda som en i princip opartisk mellanman som både köpare och säljare skall kunna ha fullt förtroende för. Mäklarna får enligt förslaget en uttrycklig skyldighet att iaktta både säljarnas och köparnas intresse när de fullgör sina uppdrag.” (Remissen s. 1–2.)

Trots de kritiska röster som höjts mot förslaget i denna del, och som ovan redovisats, anger regeringen i remissen att promemorians ”ståndpunkt ... godtas i huvudsak av remissinstanserna” (remissen s. 39). Regeringen noterar dock att kritik framförts av bl. a. ”flera av mäklarorganisationerna” när det gäller ”den affärsmässiga delen av mäklarens uppdrag, t. ex. förhandlingar om priset” (remissen s. 39–40). Regeringens redovisning framstår som missvisande.

Även regeringen arbetar med begreppet ”opartisk” mellanman, ett begrepp, som jag ovan framhållit, är olämpligt. Grunden för användningen av begreppet som sådant, liksom för påståendet om att detta skulle vara ett traditionellt synsätt, synes vara att mäklaren anses som en sakkunnig som såväl säljare som köpare kan förlita sig på.

Regeringen tycks helt bortse från att de fall där mäklaren biträder köparen med råd och dåd är en konsekvens av den nuvarande lagens särbestämmelser i detta avseende. I kombination med mäklarens skyldighet att iaktta god fastighetsmäklarsed, hade detta bort räcka även för att med den nya lagen tillgodose köparens behov. Att gå så långt som regeringen nu föreslår är att kräva det omöjliga av en redan i dag utsatt yrkesgrupp.

Självfallet skall mäklaren bistå parterna på ett neutralt vis i samband med avtalskrivning, upprättandet av en boendekalkyl, eventuell förmedling av kontakt med kreditgivare etc. Men det följer redan i dag av den nuvarande mäklarlagen. Vad regeringen till synes försöker åstadkomma, är med åberopande av idag redan självklara och av den nuvarande mäklarlagen direkt eller indirekt reglerade förhållanden, ålägga mäklaren en större opartiskhet än vad som är skäligt och än mindre befogat. Att sedan regeringen genom att i motiven till föreslagen lagtext anger att ordet därvid ”är avsett att markera att denna skyldighet är begränsad till att gälla inom ramen för vad som följer av god mäklarsed” gör inte saken bättre (remissen s. 72). Med vår EU-anslutning borde innebörden av en lag framgå av lagtexten och inte av förarbetena. Vidare bör såväl köpare som säljare, liksom mäklare, av lagtexten kunna utläsa vad som gäller. Remissen med dess nuvarande förslag medför därför en oklarhet också i

nu berört hänseende eftersom ordalydelsen i den föreslagna lagtexten inte ens antyder att räckvidden av kravet på mäklarens opartiskhet är begränsad till god fastighetsmäklarsed. Förhoppningsvis vinner det nu framförda också lagrådets gillande.

Sammanfattning

Att begära att en fastighetsmäklare skall vara opartisk är ett krav som inte torde vara möjligt att åtyda enär en fastighetsmäklare i huvudsak, medvetet eller ej, alltid försöker se till sin uppdragsgivarens intresse. I motsvarande mån torde de allra flesta uppdragsgivare räkna med att mäklaren tar tillvara uppdragsgivarens intresse. Det sistnämnda gäller i synnerhet som mäklaren arvoderas av uppdragsgivaren. Denna uppfattning har också framförts av ett flertal sammanslutningar inom mäklarbranschen, men har tillsynes inte beaktats av regeringen.

Claude Zacharias

