

1. Bakgrund

Avgörandet handlar om en kommersiell fastighetsförmedling där mäklarens första förmedlingsuppdrag som företagsmäklare, var att förmedla en livsmedelsbutikrörelse. Livsmedelsrörelsen bedrevs som aktiebolag. Livsmedelsbutiken låg i en fastighet som aktiebolaget ägde. Mäklaren bedömde att hela rörelsen betingade ett värde om ca 3 miljoner kr, oavsett det skulle bli fråga om en aktieöverlåtelse eller en inkråmsöverlåtelse. I beloppet ingick såväl fastigheten, övrigt inkråm som varulagret. Fastigheten, som hade värderats av en extern värderingsman tre månader tidigare, bedömdes ha ett värde om 1,2 miljoner kr. Övrigt inkråm samt varulagret värderade mäklaren själv till 1 miljon kr respektive 550 000 - 600 000 kr. När Således utgjorde fastigheten omkring 40 procent av rörelsens tillgångar.

2. Fastighetsmäklarlagen

Enligt 1 § i 2011 års fastighetsmäklarlag (2011 FML) definieras en fastighetsmäklare som en fysisk person som yrkesmässigt förmedlar fastigheter eller något av de andra objekt som anges i bestämmelsen. Enligt 5 § i samma lag ska sådana personer vara registrerade hos Fastighetsmäklarinspektionen. Undantag från registreringskravet gäller för advokater och sådana som endast förmedlar vissa slag av nyttjanderätter, bland annat hyresrätt till lokal. Enligt 31 § 2011 FML gäller att den som uppsåtligt yrkesmässigt förmedlar fastigheter i strid mot vad som föreskrivs om registrering i 5 § döms till böter eller fängelse i högst sex månader. Det är alltså straffbart att bedriva yrkesmässig fastighetsförmedling utan att vara registrerad.

3. Förmedling av bolagiserade fastigheter

Frågan som för närvarande tycks vara ett hett ämne är om förmedling av ett bolag vars enda tillgång utgörs av en fastighet eller flera fastigheter är något som strider mot 2011 FML är

¹ Författaren är advokat och innehavare av Zacharias Advokatbyrå (R) och författare till bl.a. 2011 års fastighetsmäklarlag, En kommentar 2 u, 2013 och Besiktningsmannens ansvar vid överlåtelsebesiktningar, Norstedts Juridik, 2003 och Fastighetsmäklarlagen i praktisk tillämpning, Norstedts Juridik, 2 u, 2011.

eller inte. Närbesläktat är förmedling av ett inkråm, där det bland tillgångarna finns en fastighet eller flera fastigheter fastighet.

I SOU 2008:6 som föregick lagstiftningen rörande 2011 FML, föreslogs att fastighetsmäklarlagen endast skulle omfatta konsumentförmedlingar. Regeringen föreslog dock ingen ändring mot rådande förhållanden. I förarbetena till 2011 FML uttalas:²

Fastighetsmäklarnämnden har vid tillämpning av lagen funnit att förmedling av juridiska personer som äger fastigheter och förmedling av andelar i sådana juridiska personer inte är fastighetsförmedling. Förmedling av fastigheter tillsammans med andra tillgångar som ingår i en rörelse är däremot att betrakta som fastighetsförmedling. Lagutskottet behandlade frågan i samband med utskottets översyn av lagen (se bet. 1997/98:LU15 och bet. 2004/05:LU16). Utskottet ansåg att det inte var rimligt att den som ska överlåta ett företag där en fastighet ingår i överlåtelsen, och som vill ha hjälp med förmedlingen, i vissa fall ska vara tvingad att anlita en fastighetsmäklare jämte en företagsmäklare.

Det kan ofta vara en öppen fråga om ett företag slutligen överläts genom att ett bolag byter ägare eller genom försäljning av bolagets egendom. Det finns i och för sig skäl som talar för att den som bistår med sådan förmedling bör undantas från registreringskravet. Vid alla *inkråmsöverlåtelser* där fastigheten utgör den värdemässigt största delen av tillgångarna skiljer sig överlåtelsen emellertid inte nämnvärt från en renodlad fastighetsförmedling. Åtminstone i dessa situationer är det motiverat att behålla registreringskravet så att det inte blir en slump om köparen har det skydd som registreringen borgar för. Vid överlåtelse av inkråm i större rörelser anlitas ofta advokater och de kommer även framöver ha rätt att förmedla fastigheter utan att vara registrerade. Vid aktie- eller andelsöverlåtelser där fastigheten bara utgör en begränsad del av rörelsetillgångarna avviker förmedlingen i och för sig i flera hänseenden från en renodlad fastighetsförmedling. Det kan därmed ligga nära till hands att den person som sköter överlåtelsen av de övriga tillgångarna även hanterar överlåtelsen av fastigheten och får göra detta utan att för den skull vara registrerad. Säljaren är i praktiken sällan tvingad att anlita en fastighetsmäklare i dessa situationer. Lagstiftaren ansåg det vid den slutliga bedömningen inte motiverat med en särreglering. Regeringens uppfattning

² Jfr prop. 2010/11:15 s. 21, jfr 2010/11:CU12 s. 11 ff.. Jfr Zacharias, 2011 års Fastighetsmäklarlag, En kommentar, 2 u s. 40 f., 70 f.

och framförallt att denna inte ville ändra på rådande situation bör också avspegla sig i domstolarnas prövningar såvida inte domstolarna vill tolka förarbetena mer extensivt.³

4. Analys av det aktuella målet

Såsom konstaterats av Mäklarsamfundets jurister, publicerad i Dagens Juridik den 1 september 2014, har tingsrätten, till att börja med, uppfattat förarbetena till 2011 FML felaktigt. Tingsrätten uppfattade nämligen förarbetenas resonemang om ”väsentlig del” hänförligt till inkråmsöverlåtelse när den delen av förarbetena är hänförlig till övriga överlåtelse dvs. när företaget överlåts helt eller delvis varvid avses aktier eller andelar.⁴ Hovrätten har dock förstått innebörden av förarbetena korrekt och konstaterar till och med ”... att det, även om det var [mäklarens] första förmedlingsuppdrag, rört sig om en yrkesmässig förmedling av inkråmsöverlåtelsen i vilken fastigheten ingick. Som tingsrätten funnit rör det sig således om en förmedling av en fastighet i fastighetsmäklarlagens mening.”⁵ Icke desto mindre friades företagsmäklaren från ansvar och frågan är på vilka grunder? Hovrätten uttalar:

Huvudsyftet med fastighetsmäklarlagstiftningen är att enskilda personer - både säljare och köpare - ska få ett tillfredsställande skydd och känna trygghet när en mäklare förmedlar affären. Inte minst eftersom det ofta rör sig om betydande värden vid fastighetsöverlåtelse. Vid överlåtelse av inkråm i en affärsrörelse där fastigheten bara utgör en begränsad del [författarens kursivering] av rörelsetillgångarna avviker förmedlingen, som lagstiftaren konstaterat, i flera hänseenden från en renodlad fastighetsförmedling. Det mest väsentliga för alla inblandade parter torde i de fallen vara att överlåtelsen av övriga tillgångar som ingår i inkråmet blir korrekt och att den som förmedlar en sådan affär är kvalificerad för denna uppgift. I dessa fall torde således överlåtelsen av den bland tillgångarna ingående fastigheten vara av mindre vikt. Att trots det ändå ställa krav på att en fastighetsmäklare ska anlitas förefaller inte nödvändigt utifrån de skyddsintressen som fastighetsmäklarlagen ska värna. Uttalandena i förarbetena till fastighetsmäklarlagen tycks också ge stöd för en sådan syn även om det i och för sig inte införts något uttryckligt undantag i lagen.

³ Jfr Svea hovrätts dom 2013-01-31, mål nr T 1521-12 handlade om en kommersiell förmedling av restaurangrörelse. Någon analog tillämpning med 1995 års fastighetsmäklarlag aktualiserades inte trots att det också ingick en hyresrätt i överlåtelsen. Förmedling av hyresrätt till lokal kräver visserligen inte att förmedlaren är registrerad fastighetsmäklare, men sådan förmedling omfattas ändå av fastighetsmäklarlagens civilrättsliga bestämmelser. Tingsrätten, vilkens dom hovrätten fastställde, uttalar följande något *dunkla utgångspunkt* ”Av utredningen framgår att uppdragstagarna är s.k. fastighetskonsulter och således inte omfattas av det särskilda ansvar som enligt fastighetsmäklarlagen (1995:400) gäller för fastighetsmäklare.” Jfr också Hovrättens för Västra Sverige dom 2013-07-01, mål nr T 2921-12, där det *helt felaktigt* uttalas att ”Lagens bestämmelser var dock tvingande endast i fråga om försäljning av fastigheter av eller till konsumenter” (jfr domen s. 7).

⁴ Attundas tingsrätt dom 2014-04-04, mål nr B 399-14 s. 5.

⁵ Svea hovrätts dom 2014-07-29, mål nr B 4377-14 s. 2.

Hovrättens bedömning är en tolkning av bestämmelserna men hovrätten har avvikit från vad som får anses – hittills i vart fall – gällande rätt (trots förekomsten av i vart fall två andra också de mot gällande rätt och praxis på den här punkten avvikande hovrättsavgöranden), och dessutom mot en tydlig och uttrycklig regel i lagen och tydliga lagförarbeten avseende just den här frågan. När jurister processar i domstolar så åberopas allt oftare lagens syfte, i synnerhet när det handlar om skyddslagstiftning till konsumenternas fromma. Vill man sålunda tolka en lagbestämmelse i endera inskränkande eller utvidgande riktning kan ”ändamålet med bestämmelsen” komma väl till pass – i vart fall pläderingsvis.

Hovrätten anser mot bakgrund av sin ”tolkning” av lagen att ”en jämförelse bör göras av fastighetens värde jämfört med övriga tillgångar i livsmedelsbutikens rörelse”. Eftersom fastigheten värdemässigt understeg övriga tillgångar i rörelsen – ansågs inte något brott föreligga, dvs. företagsmäklaren ansågs inte ha brutit mot den straffrättsliga bestämmelsen i 2011 FML och åtalet ogillades.

5. Kommentar till Svea hovrätts dom i mål B 4377-14

Mäklarsamfundets jurister är mycket kritiska till domen. Det är inte ägnat att förvåna eftersom Mäklarsamfundet ”expert” redan under beredningen av 2011 FML reserverade sig mot betänkandets förslag om att undanta kommersiella förmedlingar från lagens tillämpningsområde. Att organisationen nu skulle byta fot, så att säga, var knappast att förvänta sig. Doktoranden och juristen Antonia Krzymowska publicerade redan den 25 augusti 2014 i Dagens Juridik en artikel där hon välkomnade hovrättens dom. Hon kritiserar den hittills rådande situationen och påtalar att situationen varit märklig eftersom ”förmedling av aktier till ett fastighetsägande bolag kunde företagsmäklarna fortsätta med, men om köparen och säljaren valde att istället för andelarna överlåta inkråmet var det brottsligt för företagsmäklaren att slutföra affären.” Författaren kan inte annat än instämma i påpekandet men delar också Mäklarsamfundets juristers uppfattning om att gränsdragningen mellan vad som är ”väsentlig del” och vad som inte är det, riskerar att leda till betydande svårigheter vid rättstillämpningen. Författaren ska genast säga att författaren redan under beredningen av 2011 FML hyste den uppfattningen att den kommersiella fastighetsförmedlingen borde omfattas av en egen särskild lagreglering. De kommersiella övervägandena är på många sätt och vis väsensskilda från köp av t.ex. en bostadsfastighet för enskilt bruk. Författaren kan dessutom från affärsjuristens perspektiv inte se någon direkt skillnad i praktiken mellan en

inkråmsöverlåtelse eller en aktieöverlåtelse. I båda fallen överläts verksamheten och om så sker direkt eller indirekt borde inte ha fått den särskiljande betydelse som fram till nu varit fallet. Antonia Krzymowska kallar lagstiftarens motivering till åtskillnaden för en ”tankekurpa” och hyllar hovrättens som ”genom en rimlighetsavvägning funnit att FML:s uppställda skyddssyfte inte är tillämpligt vid företagstransaktioner avseende inkråm i vilka fastigheter utgör en begränsad del av tillgångarna.” Författaren hyser sympati med Antonia Krzymowska inställning men menar att det inte är domstolarna som ska ändra på gällande rätt genom att skriva lagstiftaren på näsan på detta vis. I stället är det lagstiftaren som i förekommande fall bör ta förnyad ställning till behovet av en eventuell lagändring i denna del.

Rådande situation är därför olycklig eftersom det nu finns åtminstone tre hovrättsavgöranden som får anses gå emot såväl förarbeten som lagens ordalydelse. I likhet med Mäklarsamfundets jurister delar författaren uppfattningen om att ett klarläggande är välkommet och riksåklagaren har tydligen också valt att gå vidare med ett överklagande.⁶

Claude D Zacharias

⁶ Riksåklagaren har nyligen också införskaffat författarens 2 u av 2011 års fastighetsmäklarlag, En kommentar vilket bereder vägen för ett väl formulerat överklagande.