

Fastighetsmäklarens rätt till ersättning — något om självsäljarpaket

En fastighetsmäklare äger rätt till ersättning för sitt arbete. I mäklarlagen har också en regel härom införts. Bestämmelsen i 21 § mäklarlagen, som i huvudsak överensstämmer med 15 § i den gamla mäklarlagen, stipulerar som huvudregel att i de fall inte annat har avtalats, skall fastighetsmäklarens ersättning beräknas efter viss procent på köpeskillingen (provision). Det anges också att mäklarens rätt

SvJT 2000 s 403

till provision endast gäller om avtalet om överlåtelse har träffats genom mäklarens förmedling mellan uppdragsgivaren och någon som har anvisats av mäklaren. Det handlar således om ett rent riskavtal, där risken helt vilar på mäklaren. Av just detta skäl framstår det inte som särskilt förvånande att mäklare på olika håll i Sverige under de senaste åren sökt tillförsäkra sig en rätt till ersättning för i alla fall sina fasta utlägg, vare sig det förmedlade objektet blir sålt eller inte. Lagen har, trots sina brister, också förutsatt en sådan situation och stipulerar därför i 22 § mäklarlagen att om en mäklare har träffat ett provisionsbaserat uppdragsavtal så har mäklaren rätt till ersättning för kostnader endast om en särskild överenskommelse har träffats om detta. Vill man vara elak så skulle man motsatsvis kunna hävda att rätt till sådan ersättning alltid föreligger så länge avtal om provision ej träffats. Så förhåller sig det naturligtvis inte utan innebörden av bestämmelsen är att vill mäklaren avtala med sin uppdragsgivare om annan ersättning än provision, så måste parterna träffa ett avtal härom.

Av bestämmelsen följer således att saknas särskild överenskommelse om att mäklaren skall ersättas för sina utlägg, vanligen annonskostnader, t.ex. vid utebliven försäljning, måste han acceptera att huvudregeln är att förmedlingsavtalet är ett s.k. riskavtal baserat på provisionsersättning.

Den här artikeln skall koncentrera sig på frågan om andra ersättningsformer än provision. För den som vill fördjupa sig i frågeställningar som berör provisionsfrågan hänvisar jag till 18 kap. i min bok Fastighetsmäklarlagen i praktisk tillämpning med däri gjorda hänvisningar till rättsfall och doktrin.

Sedan några år tillbaka har i tidningarna några mäklarföretag annonserat om s.k. självsäljarpaket. Man kan se förekomsten som en naturlig konsekvens av de, inte sällan orimligt, hårda krav som ställts på

mäklarna t.ex. när det gäller deras skyldigheter vad avser förekomsten av suspensiva villkor. En annan förklaring är en ökad kostnadsmedvetenhet på en allt mer konkurrensutsatt marknad. Bl.a. ett större mäklarföretag har numera fyra, tidigare tre, nivåer där den lägsta nivån handlar om hjälp med utformandet av objektsbeskrivning, köpekontrakt m.m. Den dyraste nivån innebär full mäklarservice. På de nivåer där säljaren själv skall visa och förmedla sitt objekt angavs tidigare i annonserna att

"Ovanstående annons införs av säljaren. Samtliga uppgifter i annonsen lämnas av säljaren, och [mäklar-företaget] har inget uppdrag som förmedlare av försäljningsobjektet, eller som ombud för säljaren. Alla kontakter angående detta försäljningsuppdrag sker direkt mellan köpare och säljare, utan förmedling av [mäklar-företaget]."¹

Kritik har förts fram mot detta dels därför att konsumenterna inte får den service de anses vara berättigade till dels därför att de betalar för något som inte nödvändigtvis innebär att de också får sitt objekt försålt. Men är kritiken berättigad? Om en part väljer att från början satsa ett visst bestämt belopp, kanske av ren snålhet, kanske av ren besserwisser-mentalitet, för att hålla nere sina kostnader och således själv anser sig kompetent nog att saluföra sin villa, sin bostadsrätt eller vad slag av bostad det nu vara må, skall hinder för ett sådant förfarande uppställas? Skall mäklarna hindras från att tillhandahålla säljare denna möjlighet? Absolut inte är min egen utgångspunkt och lagen ställer ingalunda upp något hinder mot detta. Att sedan Konsumentverket

SvJT 2000 s 404

med sin rigorösa och i många avseenden närmast näringsidkarfientliga inställning och motsvarande konsumentvänliga inställning har en annan attityd, ytterst präglad av det synsättet att människan inte kan ta tillvara sina egna intressen, förändrar inte situationen. Tyvärr har Fastighetsmäklarnämnden intagit en liknande inställning. Detta torde delvis kunna förklaras av det starka grepp som Konsumentverket redan från början kopplade på nämnden och dess verksamhet. Även om nämndens ledamöter numera utökats med mäklarkompetens synes någon reell förändring inte kommit till stånd. Detta är bara att beklaga, inte minst då respekten för nämndens verksamhet synes minska i ökad omfattning.

Fastighetsmäklarnämnden har dock uttalat att i de fall där en mäklare inte själv förmedlar utan blott säljer paket med broschyrer m.m. så är lagen inte tillämplig — det handlar inte om förmedling.² En sorts mellanvariant är således den situationen, som omfattas av en av nivåerna i de s.k. självsäljarpaketerna, där en mäklare mot en fast avgift åtar sig att förmedla en bostad. Om förmedlingen inte lyckas så kostar uppdraget ändå säljaren pengar. Här har således mäklaren genom ett avtal inter partes förskjutit risken från sig själv till sin uppdragsgivare. Frågan som då uppkommer är om detta strider mot för det första mäklarlagen och för det andra god fastighetsmäklarsed.

Lokutionen "om inte annat har avtalats" i 21 § ML talar om att denna bestämmelse är dispositiv och att det således står mäklare fritt att avtala med sin uppdragsgivare om ett fast arvode.³ Frågan är då om det också är möjligt att avtala om ett fast arvode oavsett om en försäljning kommer till stånd? Bestämmelsens lydelse ger inte vid handen att ett förbud häremot skulle föreligga. Faktum är att motiven inte heller diskuterar detta. Konklusionen måste då vara att allmänna avtalsrättsliga principer råder i den mån mäklarlagen inte stipulerar annorledes. Det innebär också att konsumentvänliga tolkningar spelar in såsom betydelsen av att en näringsidkare noggrant informerar sin uppdragsgivare, i den mån detta är en konsument, om risken för att denne trots att en försäljning ej kommer till stånd ändå kan komma att få betala mäklarens avtalade arvode. Möjlighet att vid allmän domstol åberopa t.ex. 36 § avtalslagen finns också.⁴ Att ett avtal av nu berört slag, vare sig ersättning utgår vid förmedling eller ej, skulle strida mot god fastighetsmäklarsed framstår på nu anförda grunder därför inte som sannolikt.

Mot bakgrund härav framstår ett av Fastighetsmäklarnämnden meddelat beslut som inte bara förvånande utan också i strid mot gällande lagstiftning.⁵ Frågan som nämnden prövade var huruvida ett uppdrags-

1 Jfr Konsumentverkets kritik framförd av Sverker Thorslund i FastighetsMäklarFakta nr 1/1998 s. 21.

2 Jfr FMN:s uttalande i beslut 1997-01-15, Dnr 20-1950-96.

3 Prop. 1983/84:16 s. 45.

4 SOU 1981:102 s. 147, prop. 1983/ 84:16 s. 25.

5 FMN beslut 1998-11-18, Dnr 4-1440-98.

avtal som en mäklare ingått med en uppdragsgivare innehållit villkor som inte kan anses förenliga med god fastighetsmäklarsed. Bakgrunden är i korthet följande. Fastighetsmäklaren fick i november 1997 i uppdrag att förmedla säljarnas bostadsrättslägenhet. Uppdragsavtalet gällde till den 15 februari 1998. Bostadsrättslägenheten såldes sedermera den 5 februari 1998. Säljaren anmälde mäklaren till nämnden med motiveringen att uppdragsavtalet gett mäklaren rätt till ersättning även om någon försäljning inte kom till

SvJT 2000 s 405

stånd vilket kunnat leda till försämrade förmedlingsansträngningar från mäklarens sida. Det var ostridigt att lägenheten såldes efter fem visningar. Mäklaren lade således ned ett betydande arbete med uppnått mål.

Mäklaren invände att ersättningsnivåerna i avtalet har bestämts med beaktande av förekommande kostnader och arbetsmoment för uppdragets genomförande. Vilka dessa moment är framgick av ett informationsblad. Kostnaderna förelåg, enligt mäklaren, i allt väsentligt oavsett om objektet överläts eller inte. Det upplystes att det även bland övriga mäklarföretag vanligtvis förekommer s.k. "minimiprovisioner", vilka ligger mycket nära tillämpade fasta priser eller mellan ca 20 000 kr och 30 000 kr. Sålunda skulle säljarna, även om de träffat sedvanliga provisionsavtal med annan mäklare, haft att erlægga motsvarande belopp såsom provision. Mot bakgrund av prisnivåerna på villor och bostadsrätter i Stockholmsområdet, hävdade mäklaren vidare, att det får antas vara regel att villkoren leder till substantiellt lägre mäklarkostnad för uppdragsgivaren jämfört med vanligt provisionsavtal.

Nämnden inleder sin bedömning med att kortfattat redogöra för innehållet i 21 § ML samt framhåller att det i lagens förarbeten anges att bestämmelsen om att ersättningen skall utges i form av provision är dispositiv och alltså ger möjlighet för mäklaren och uppdragsgivaren att komma överens om en annan ersättningsform. Nämnden har med detta konstaterande således fått klart för sig att mäklaren inte brutit mot lagen i denna del.

Därefter anför nämnden att "Alternativet torde främst vara att ersättningen skall beräknas efter arbetad tid samt utges vare sig uppdraget leder till någon överlåtelse eller inte. Överenskommelser om denna ersättningsform synes hittills ha varit sällsynta i fastighetsmäklarbranschen. För situationen då en sådan överenskommelse har träffats innehåller lagen inga anvisningar om sättet att beräkna ersättningen, sägs det i propositionen. Det nu aktuella uppdragsavtalet gäller enligt sin lydelse i tre månader och tillförsäkrar mäklaren ersättning med 25 000 kr, oavsett om lägenheten överläts eller ej. I övrigt anges i den förtryckta texten bl.a. att lägenheten kommer att annonseras maximalt sex gånger. Enligt Fastighetsmäklarnämndens mening är det inte förenligt med det i 12 § fastighetsmäklarlagen uppställda kravet på god fastighetsmäklarsed att en mäklare använder sig av ett avtal med en sådan lydelse. Särskilt anmärkningsvärt är att en relativt kort löptid för avtalet har kombinerats med en ovillkorlig rätt till ersättning med ett betydande belopp. Avtalet tillåter således enligt sin lydelse mäklaren att efter tre månader tillgodogöra sig ersättningen utan någon egentlig motprestation. Formuleringen leder till en icke godtagbar obalans i förhållandet mellan parterna. Genom att använda sig av avtalet har[mäklaren] således handlat i strid med sin skyldighet enligt fastighetsmäklarlagen att iaktta god fastighetsmäklarsed. Förseelsen är av det slaget att påföljd inte kan underlåtas. Det kan dock anses vara tillräckligt att han med tillämpning av 8 § andra stycket meddelas "varning."

Nämndens beslut är enligt min mening felaktigt. Dels löper avtalet på för branschen sedvanlig löptid, dvs. tre månader. Denna tid är föranledd av lagens utformning såvitt avser ensamrättsavtal men har kommit att bilda praxis för normal avtalslängd. Enligt min mening har avtalstiden såsom självständig omständighet

SvJT 2000 s 406

endast betydelse vid en eventuell jämkning av avtalet, inte för bedömningen av avtalets *förenlighet* med mäklarlagen. Eftersom det även för nämnden är uppenbart att 21 § ML lämnar mäklaren en rätt att avtala om annan form av ersättning kan man inte heller med åberopande av 12 § ML, som i det här fallet handlar om omsorgsplikten, göra gällande att avtalet som sådant ändå strider mot bestämmelsen. Detta är till och med uppenbart en logisk tankekurva. 12 § ML tar sikte på utförandet eller genomförandet av uppdraget. Redan den omständigheten att lagstiftaren talat om andra ersättningsformer än provision kan aktualiseras för att uppnå kostnadstäckning för nedlagt arbete och utlägg gör att det inte kan spela

någon roll att det i ett avtal står att sådan ersättning utgår vare sig objektet säljs eller ej. I motiven liksom i doktrinen,⁶ som nämnden tar upp, berörs situationen att ett objekt inte säljs. Vad är skillnaden om objektet säljs? Ingen skillnad föreligger naturligtvis och varför avtalet skulle vara i strid mot god fastighetsmäklarsed framgår inte. Eventuell oskälighet rörande villkor i ett avtal kan knappast regleras med stöd av mäklarlagen men väl med allmänna avtalsrättsliga bedömningar såsom ovan redan berörts. För att se nämndens bristande logik i detta hänseende behöver man blott titta närmare på de resonemang som förs i såväl doktrin som motiv rörande förekomsten av eventuella friskrivningsklausler. Det antyds inte ens att dessa ens i sina värsta avarter skulle kunna angripas med stöd av 12 § ML, men väl jämkas med stöd av 36 § avtalslagen.⁷ Nämndens argumentation saknar stöd i lag och praxis och är anmärkningsvärd. Först om kritik kan riktas mot mäklarens sätt att utföra sitt uppdrag kan 12 § ML bli tillämplig. Det synes av beslutet att döma inte ens ha påståtts att mäklaren gjort ett dåligt arbete. Den civilrättsliga bedömningen om avtalets eventuella oskälighet inrymmer sådana ställningstaganden att det inte ankommer på nämnden att pröva dessa utan på allmän domstol, där mäklaren också har möjlighet att på ett rättssäkerhet sätt få bevisfrågor prövade i enlighet med rättegångsbalkens bestämmelser härom. Det nämnden hade kunnat pröva var möjligen frågan om mäklaren förklarat innebörden av avtalet för sina uppdragsgivare, dvs. att de måste betala ut den avtalade ersättningen oavsett om en förmedling kom till stånd eller ej.⁸ I likhet med vad som gäller för olika villkorsklausuler skulle därvid 12 § ML kunna tillämpas.⁹ Beslutet har också överklagats.

Claude Zacharias

⁶ Jfr *Cervin/Salnäs*, 1995 s. 97.

⁷ Jfr *Boström*, *Fastighetsmäklare*, 1995 s. 126.

⁸ *Ibid.*

⁹ Jfr Högsta domstolens domar meddelade 1997-03-11, mål nr T 5272/94 respektive T 1402/94, av mig även behandlade i SvJT 1997 s. 859 ff.