

Justitiedepartementet
Enheten för familjerätt och allmän förmögenhetsrätt
Johan Klefbäck
103 33 Stockholm

Epost: ju.remissvar@regeringskansliet.se

Solna 2018-12-04

Remissyttrande över betänkandet Utökad tillsyn över fastighetsmäklarbranschen (SOU 2018:64)

Ert Dnr Ju2018/04004/L2

Inledning

Mäklarsamfundet får härmed inkomma med remissyttrande över rubricerat betänkande.

Sammanfattning

Mäklarsamfundet tillstyrker förslaget att även mäklarföretagen ska omfattas av Fastighetsmäklarlagen (FML) och penningtvättsregelverket, och att dessa, med vissa undantag, ska registreras och stå under tillsyn av Fastighetsmäklarinspektionen (FMI). Mäklarsamfundet anser dock att definitionen av de företag som ska omfattas av registreringsskyldigheten behöver förtydligas.

Mäklarsamfundet tillstyrker i allt väsentligt den bedömning och avgränsning utredningen gjort mellan fastighetsmäklarens och mäklarföretagets skyldigheter, men efterfrågar förtydligande i vissa av dessa delar. Mäklarsamfundet avstyrker vidare förslaget att mäklarföretagets skyldigheter skadeståndssanktioneras, med därtill medföljande krav på ansvarsförsäkring för att kunna erhålla registrering.

Mäklarsamfundet tillstyrker förslaget att genom särskild föreskrift därom i FML, möjliggöra att uppdragsavtal och depositionsavtal kan undertecknas digitalt av parterna. Detsamma gäller förslaget att möjliggöra för mäklaren att göra objektsbeskrivningen tillgänglig på elektronisk väg, även om vissa förtydliganden efterfrågas även här.

Beträffande övriga delar av betänkandet har Mäklarsamfundet inget att erinra.

Mäklarsamfundets synpunkter

Hur ska fastighetsmäklarföretagen definieras

Som utredningen framhåller inledningsvis i detta avsnitt finns idag ingen definition på ett fastighetsmäklarföretag och av den kartläggning som skett, framgår att det finns flera olika ägar- och samverkansformer i branschen.

Avgörande enligt utredningens förslag ska vara om det i den aktuella juridiska personen, bedrivs yrkesmässig förmedling av den typen av objekt som anges i lagens inledande bestämmelse under rubriken "lagens tillämpningsområde", dvs. fastigheter, bostadsrätter m.fl. i 1 § särskilt uppräknade objektstyper.

Mäklarsamfundet instämmer i att en sådan utgångspunkt för avgränsningen är den bästa vägen att gå, och att de alternativ utredningen också övervägt – att tillåta att juridiska personer istället för eller parallellt med fysiska personer åtar sig förmedlingsuppdraget inte bör genomföras. Som utredningen konstaterar skulle det förstnämnda alternativet innebära en mycket stor omställning i förhållande till dagens system, eller som vi tidigare framhållit bl. a. i samband med civilutskottets granskning 2015, skulle "rita om kartan" för fastighetsmäklarbranschen. Även de senare berörda alternativen, att låta kunden välja mellan att anlita mäklarbolaget eller mäklaren personligen förkastas, dels då även det skulle innebära stora omställningar för branschen, men då regelverket skulle bli svårtolkat med svåra gränsdragningsproblem. Det ska framhållas att utredningen enligt sina direktiv inte haft i uppdrag att föreslå en ordning som mer än nödvändigt gör ingrepp i de rådande förhållandena på fastighetsmäklarområdet, vilket de två nu berörda alternativen båda hade inneburit. Mäklarsamfundet anser därför det förslag utredningen stannat för bäst motsvarar utredningens uppdrag och har goda förutsättningar att uppnå de syften som varit utgångspunkten, utan att dramatiskt ändra förhållandena på området.

Emellertid anser Mäklarsamfundet att den föreslagna definitionen i vissa delar behöver förtydligas.

I det i sig enkla fallet att mäklaren är anställd i ett mäklarföretag och under dess firma verkar som mäklare, uppstår inga problem. Dessa representerar dock totalt sett en mindre del av landets mäklare, en inte obetydlig del är istället verksam i mer eller mindre komplicerade upplägg med egna juridiska personer som i många fall genom avtal med varumärkesägande bolag bedriver sin verksamhet under annan firma än det bolag man äger eller är anställd i. En del av dessa upplägg finns inom ramen för franchisekoncept, men inte alla.

Mäklarsamfundet har i fråga om just franchise, via vår expert i utredningen och den referensgrupp vi samlat, förordat att det franchisegivande bolaget inte ska träffas av registreringsplikten då det där inte bedrivs någon förmedlingsverksamhet, utan föreslagit att reglerna i fråga om dessa upplägg ska gälla franchisetagande bolag och "nedåt" (i de fall

franchisetagaren i sin tur underkontrakterat annat bolag). Utredningen har i huvudsak gått på samma linje, vilket Mäklarsamfundet därför i grunden är positiva till och sålunda tillstyrker.

I sin exemplifiering (sid 148 f och figurerna 6.1 och 6.2) har utredningen genomgående dock markerat att exemplen utgår ifrån att mäklaren också är anställd i det bolag han är verksam, vilket inte alltid är fallet. Mäklarsamfundet finner mot den bakgrunden anledning ställa sig frågan vad som ska gälla då mäklaren i dessa fall inte har något uttryckligt anställningsförhållande, utan är verksam i ett eget hel- eller delägt bolag – mest troligt ska det jämföras med en anställning på det sätt som anges på sid 130 i betänkandet, men det kan i så fall finnas skäl att ge uttryck för detta även här för att undanröja den osäkerhet som annars kan finnas.

Utredningen markerar vidare i fråga om franchise att det förekommer franchisetagande bolag utan anställda mäklare där dessa i stället finns i ett underkontrakterat bolag, varvid det franchisetagande bolaget i fråga inte ska betraktas som ett fastighetsmäklarföretag enligt definitionen. Mäklarsamfundet uppfattar detta som problematiskt.

Dels finns anledning ifrågasätta om exemplet med ett underkontrakterat bolag utan verksamma mäklare, men som istället i sin tur har ett underkontrakterat bolag med anställda mäklare, bara ska gälla upplägg med franchise. Mäklarsamfundet utgår ifrån att så inte är fallet, men vill ändå påtala att det kan uppfattas så.

Dels öppnar undantaget för den risk som utredningen pekar på – att det inbjuder till att ett företag som vill undgå granskning, driver verksamhet genom mäklare som är anställda i ett annat företag (jmf sid 148). Fråga uppkommer exempelvis hur man ska bedöma det i och för sig ovanliga upplägg som dock befunnits förekomma, då verksamheten bedrivs i ett företag vars mäklare samtliga är anställda i ett av företaget ägt – eller möjligen regelmässigt anlitat – ”bemanningföretag” som på konsultbasis hyr ut personal till det förstnämnda företaget.

Detsamma gäller den allt vanligare företeelsen, som även förekommer i ett flertal andra tjänstebanscher, där den verksamme istället för en anställning i bolaget där han eller hon ska verka, erbjuds ett konsultavtal som kan innehålla mer eller mindre långtgående regleringar parterna emellan, ofta kallat ”frisörstolsupplägg”. Den verksamme har då normalt ett eget bolag som är part i konsultavtalet och beroende på hur relationen till mäklarfirman är utformad kan fråga uppkomma, såväl arbetsrättsligt som inkomstskattemässigt, om inte verksamheten ska betraktas som bedriven i det företag under vars firma verksamheten bedrivs, snarare än i mäklarens egna bolag. Även i fråga om den nu aktuella definitionen av ett fastighetsmäklarföretag som ska anses registreringspliktigt, kan samma fråga uppkomma. Om förstnämnda bolag såväl har anställda mäklare som mäklare som via eget bolag istället ingått konsultuppdrag, framgår att båda bolagen omfattas av definitionen, men vad ska gälla om så inte är fallet?

Mäklarsamfundet inser att en definition som kan täcka alla tänkbara situationer är utomordentligt svår att finna, men anser det önskvärt att definitionen av ett fastighetsmäklar företag i lagens mening om möjligt förtydligas.

Fastighetsmäklarens respektive fastighetsmäklar företagets ansvar enligt fastighetsmäklarlagen

Mäklarsamfundet delar i allt väsentligt utredningens syn på hur fördelningen mellan fastighetsmäklar företagets och mäklarens personliga ansvar i FML bör utformas. Mäklarsamfundet har dock några reflektioner enligt följande. I de avseenden inget anförs instämmer Mäklarsamfundet i utredningens bedömning.

9.2.3 Mäklar företagets hantering av handpenning (10§)

Mäklarsamfundet delar uppfattningen att ansvaret för hantering av handpenningen ska kvarstå hos mäklaren i enlighet med nu gällande bestämmelse. Det råder ingen oklarhet om att det dock inte är mäklaren själv som är kontohavare för det klientmedelskonto där handpenningen i det fall så ska, deponeras av mäklare, utan att detta regelmässigt tillhandhålls av det företag där mäklaren är verksam. Företagets ansvar i denna del regleras inte i den nu föreslagna bestämmelsen om mäklarens hantering av handpenningen, utan får istället i enlighet med författningskommentaren till 34 § anses följa av den däri föreslagna bestämmelsen om företagets övergripande skyldigheter (jmf sid 357). Där berörs dock inte den för hanteringen av klientmedlen så viktiga frågan om kontots utformning och tillhörande kontroll över dispositionen av kontot.

Vad gäller kontots utformning har Mäklarsamfundet sedan länge rekommenderat att varje mäklare ska ha sitt individuella klientmedelskonto och att s.k. blandade konton inte bör förekomma, inte ens då enbart ett fåtal mäklare är verksamma i mäklar företaget. Som nämns i betänkandet finns även en rekommendation från Fastighetsmäklarinspektionen på samma tema (not 6, sid 220). Enligt uppgift förekommer det trots detta att blandade konton används, varför Mäklarsamfundet anser det om möjligt bör lagregleras att enbart individuella konton ska godtas, alternativt om det bedöms lämpligare, att det blir reglerat på föreskriftsnivå. I samma sammanhang kan då även lämpligen klargöras att den mäklare som låtit deponera klientmedel på av företaget tillhandahållt klientmedelskonto, måste ha tillräckligt långtgående dispositionsrätt till kontot, för att självständigt och i enlighet med avtalade depositions villkor kan redovisa medlen till den berättigade när så ska ske. Kontohavande företags i sig berättigade intresse av att ha kontroll över kontot, bör inte tillåtas inskränka den dispositionsrätt mäklaren sålunda måste tillåtas ha.

Förbudet mot att köpa fastigheter

Mäklarsamfundet anser det närmare bör övervägas om det föreligger ett egentligt behov att utöka det befintliga förbudet för mäklaren att köpa en fastighet han eller hon har eller har haft i uppdrag att förmedla, till att också omfatta det mäklar företag förmedlingen bedrivits i, främst då en sådan situation skulle omfattas av det nu gällande förbudet för mäklaren i fråga att

förmedla fastigheten till en närstående, dit mäklar företaget i normalfallet måste räknas enligt den i sammanhanget förekommande hänvisningen till konkurslagens närståendebegrepp. I betänkandet framhålls också detta, dock med anmärkningen att detta förbud mot förmedling till närstående endast gäller pågående förmedlingar och därför ger utrymme att låta det närstående bolaget köpa fastigheten efter att uppdraget sagts upp.

Utredningen synes dock i den delen förbise den anmälningsplikt till FMI som i så fall skulle uppkomma för mäklaren och där förekomsten av eventuella avvikelser från ett marknadsmässigt pris eller andra omständigheter där mäklaren skulle anses ha låtit sig påverkas av ovidkommande intressen skulle komma att utredas av FMI och i förekommande fall beivras.

Förbudet mot att förmedla fastigheter till närstående

Mäklarsamfundet välkomnar att det blir klarlagt att förbudet ska gälla även mellan två mäklare verksamma i samma mäklar företag och oavsett om de är likställda eller om den ene är över- eller underordnad den andre. Förslaget i den delen motsvarar vad Mäklarsamfundet sedan länge avrått ifrån i vår rådgivning.

När det dock gäller tillägget att utsträcka förbudet till att även omfatta förmedling till annan fastighetsmäklare där mäklarna bedriver verksamhet i olika mäklar företag som har nära anknytning, framstår den i betänkandet angivna exemplifieringen av "nära anknytning" – att mäklarna är verksamma under samma varumärke – i vissa fall kunna leda till en utsträckning av förbudet som knappast är sakligt motiverad, som i det fall de två mäklarna är verksamma inom ramen för en rikstäckande mäklarkedja med ett gemensamt varumärke men bedriver förmedling i två olika juridiska personer i olika delar av landet. Måhända ska det då anses att anknytningen mellan företagen inte är så nära som förbudsregeln förutsätter, men ett förtydligande skulle i så fall behövas i den delen.

Fastighetsmäklar företagets skadeståndsskyldighet

Mäklarsamfundet anser inte att den föreslagna skadeståndsskyldigheten för fastighetsmäklar företaget som uppsåtligt eller av oaktsamhet åsidosatt de skyldigheter lagen föreskriver, ska införas.

Till en början förefaller de tänkbara situationer där ett åsidosättande av de för företaget föreslagna ansvarsbestämmelserna, som också lett till skada för säljare eller köpare, vara få och i vart fall i de allra flesta fall då även omfattas av den förmedlande mäklarens skadeståndsansvar. Det är då denne som i första hand blir skyldig ersätta säljare eller köpare för en skada som uppkommit vid förmedlingen (jmf sid 246).

Att även företaget i några av dessa situationer skulle ha ett ansvar för samma skada, solidariskt med mäklaren, kan möjligen framstå som en extra trygghet för den drabbade, som inte sällan

är konsument, men enligt Mäklarsamfundets uppfattning är risken i stället att konsumentskyddet generellt försämrats om förslaget genomförs.

I de fall ett krav med nuvarande regelverk riktas mot mäklarföretaget – felaktigt då fastighetsmäklaren är den som bär det skadeståndsansvaret enligt FML – kan konsumenten såväl av företaget som av det försäkringsbolag där mäklaren har sin försäkring i de fall kunden vänder sig dit, välja att behandla kravet som riktat mot mäklaren (vilket även gäller branschens alternativa tvistlösningsnämnd, FRN) alternativt omgående uppmärksamma konsumenten på det felriktade kravet. Utrymmet för att behandla kravet på det sättet kommer inte längre finnas om ett lagreglerat skadeståndsansvar för företaget införs enligt förslaget. En inte oväsentlig risk för konsumenten är då att denne inriktar sitt anspråk mot endera mäklarföretaget eller mäklaren och driver den linjen under en tid för att senare inse att kravet riktats mot fel part. När konsumenten med insikt om detta framställer kravet på nytt mot rätt part kan så lång tid passerat att konsumenten befinns ha reklamerat för sent och därmed förlorat sin rätt att göra kravet gällande.

Det kan också befaras att den osäkerhet konsumenten ställs inför i valet av rätt motpart vid ett krav, leder till att kravet riktas mot såväl företaget som mäklaren. Det riskerar i så fall i sin tur leda till att tvisterna blir mer omfattande med ökade kostnader på båda sidor av tvisten, både för försäkringsbolaget på mäklarsidan som utreder krav och står för eventuella ombudskostnader och för konsumentens rättsskyddsbolag och för den av parterna som beroende på utgången eventuellt blir ersättningsskyldig för motpartens rättegångskostnader, utöver försäkringsskyddet. All den stund det befinns att en av parterna på mäklarsidan är ansvarig medan talan mot den andre parten ogillas, blir konsekvensen normalt att konsumenten trots "framgång" i tvisten, tvingas svara den senare partens rättegångskostnader. I bästa fall täcker visserligen konsumentens rättsskydd detta, men inte alltid.

Då det dessutom som nyss sagts det huvudsakliga skadeståndsansvaret även fortsatt kommer vara mäklarens och någon uppgift inte framkommit om att konsumentskyddet i form av mäklarens ansvarsförsäkring med den beloppsmässiga omfattning som nu gäller, skulle vara tillfyllest, synes inte heller någon sådan bevekelsegrund motivera förslaget.

Till detta kommer slutligen också företagets merkostnad för det försäkringsskydd som utredningen föreslår ska krävas för registrering och som i utredningens konsekvensbedömning uppskattas till 6,5–7,5 miljoner kronor (jfr sid 323).

Sammantaget anser Mäklarsamfundet att ett fristående skadeståndsansvar för fastighetsmäklarföretaget inte bör införas. De sanktioner i form av tillsynsinskränkning mot fastighetsmäklarföretaget som förslaget ger utrymme för bör vara ett tillräckligt ingripande för det fall fastighetsmäklarföretaget skulle befinnas åsidosätta någon av de skyldigheter som företaget föreslås ha att iakttä.

Skulle förslaget komma att genomföras, förordas i vart fall att den föreslagna lagtexten i 37 § omformuleras något. Den nu föreslagna formuleringen med hänvisning till samtliga de ansvarsbestämmelser som mäklaren personligen omfattas av, 17–34 §§, kan framstå gälla även för fastighetsmäklarföretagets skadeståndsansvar, som dock inskränker sig till åsidosättande av skyldigheterna i 20, 23, 24 och 34 §§ i lagen.

Digitalisering

Uppdragsavtal och depositionsavtal ska kunna skrivas under elektroniskt

Mäklarsamfundet är positiva till att utredningen föreslagit diverse förändringar som tar sikte på ett ökat nyttjande av moderna digitala möjligheter. Många medlemmar vittnar om att deras kunder ifrågasätter varför man exempelvis inte kan underteckna förmedlingsuppdraget med hjälp av bank-ID, när det är möjligt att använda som identifikation i många andra sammanhang. Förslagen som möjliggör detta liksom elektroniskt undertecknande av depositionsavtal tillstyrks därför. Det kan också konstateras att en sådan möjlighet underlättar både praktiskt och tidsmässigt vid förmedling där parterna befinner sig på olika orter.

En digital objektsbeskrivning

Mäklarsamfundet välkomnar även de föreslagna förändringarna i fråga om hur spekulanter och slutlig köpare ska beredas del av den obligatoriska objektsbeskrivningen och vid förmedling av bostadsrätt, även stadgar och årsredovisning alternativt ekonomisk plan. Den nuvarande ordningen som i princip innebär att det åligger mäklaren att lämna en beskrivning till alla tilltänkta köpare på en visning är både kostsam och betungande och upplevs i många fall även som omodern, då samma information finns lätt tillgänglig på mäklarens webbplats. De flesta tilltänka köpare som idag kommer på en visning har redan tagit del av informationen där, vilket också borgar för att den nyordning utredningen föreslår inte riskerar försämra objektsbeskrivningens betydelse för konsumenten som informationskälla om den förmedlade bostaden. Det medför även att behovet av tryckt material minskar vilket är gynnsamt från ett miljöperspektiv.

Vad som dock kan behöva förtydligas något är den praktiska innebörden av de olika begrepp som nu föreslås förekomma i lagtexten. Innebörden av att mäklaren ska hålla objektsbeskrivning m.m. tillgänglig för en tilltänkt köpare framstår klarlagd mot bakgrund av beskrivningen hur det kan ske med olika medier – att den finns att läsa på mäklarens hemsida eller en läsplatta på visningen osv. Det nu förekommande begreppet "tillhandahålla" beskrivningen, föreslås nu fortfarande gälla i händelse av att en tilltänkt köpare begär detta och även i den delen framstår betydelsen vara att "överlämna" handlingarna. Det ska då ske i den form den tilltänkte köparen och mäklaren kommer överens om, men ytterst i den form den tilltänkte köparen begär, vilket kan vara i en skriftlig handling.

Vad dock slutligen gäller innebörden av att mäklaren ska försäkra sig om att köparen "tagit del" av handlingarna innan försäljningen genomförs, uppstår dock frågan om det inte bara innebär att säkerställa att köparen haft möjlighet att ta del av handlingen, utan att han eller

hon också de facto gjort detta, dvs. även läst igenom handlingarna. En sådan skyldighet framstår som alltför långtgående och skulle tillspetsat kunna innebära att mäklaren skulle kunna hållas ansvarig om en köpare uppger sig inte ha läst igenom handlingarna innan försäljning, trots att de överlämnats av mäklaren. Mäklarsamfundet förordar istället att mäklaren ska ha att säkerställa att köparen "fått del" av handlingarna, alternativt en nyansering av skyldigheten, förslagsvis innebärande att mäklaren ska säkerställa att köpare tagit del av "eller i vart fall haft tillfälle att ta del av" handlingarna innan försäljningen genomförs.

Elektronisk identifikation i samband med budgivningen

Mäklarsamfundet ser avslutningsvis även positivt på det avsnitt där utredningen klargör att användning av E-legitimation vid budgivning inte hindras av nuvarande lagstiftning, även om det därmed inte föreslås någon lagändring i detta avseende. Det kan noteras att sådan användning av bank-ID också sedan en tid tillbaka börjat användas i branschen.

Övergångsbestämmelser

Mäklarsamfundet skulle helst sett att ett ikraftträdande kunnat ske senare än nu föreslagna 1 juli 2019, men har samtidigt förståelse för att detta grundas på behovet av en snar anpassning till det internationella penningtvättregelverket. Det är dock tveksamt om de sex månaders respit med fastighetmäklarföretagens ansökan om registrering och upphandling av ansvarsförsäkring som föreslås är tillräcklig, varför det förordas att den tiden utökas i möjligaste mån.

Solna som ovan

MÄKLARSAMFUNDET

Jonas Anderberg
Chefsjurist