

JURIDISKA FÖRENINGENS I FINLAND PUBLIKATIONSSERIE N:o 45

THOMAS WILHELMSSON

AVTAL OM
FASTIGHETSFÖRMEDLING

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

THOMAS WILHELMSSON

AVTAL OM FASTIGHETSFÖRMEDLING

SUOMEN LAKIMIESLIITON KUSTANNUS OY
FINLANDS JURISTFÖRBUNDS FÖRLAGS AB

Vammala 1979

Utgiven med understöd av de medel som Finlands riksdag beviljat för den svenska litteraturens främjande.

ISBN 951-640-090-6

Vammala 1979, Vammalan Kirjapaino Oy

FÖRORD

Det föreliggande arbetet är skrivet som ett akademiskt meriteringsarbete under den tidspress som är typisk för undersökningar gjorda i detta syfte. Arbetet har en rättsdogmatisk inriktning och berör problem, som är praktiskt betydelsefulla. Det är min förhoppning, att undersökningen skall visa sig vara användbar i praxis; några teoretiska ambitioner är arbetet inte avsett att fylla.

Tidpunkten för publiceringen av undersökningen är såtillvida olämplig, att ett arbete på en reformering av förordningen om fastighetsförmedlare för tillfället pågår. Då det är oklart, när den nya förordningen kommer att ges, och då de ändringar som föreslagits endast i ytterst ringa mån äger relevans för den föreliggande framställningen, har utgivningen av boken likväl ansetts kunna ske redan nu. De ändringsförslag som gjorts redovisas naturligtvis i respektive sammanhang.

Manuskriptet har lästs av äldre justitierådmannen *Leif Sevón* och vicehäradshövdingen *Gustav Bygglin*. Deras värdefulla anmärkningar har bidragit till att flera väsentliga brister kunnat elimineras vid den slutliga finslipningen av arbetet.

Arbetet på och tryckningen av boken har understötts genom bidrag från Osuuspankkijärjestön *Kyösti Haatajan säätiö*, Svenska Vetenskapliga Centralrådet och Juridiska Föreningen i Finland.

Helsingfors, den 31. mars 1979

Thomas Wilhelmsson

INNEHÅLLSFÖRTECKNING

FÖRORD	V
INNEHÅLLSFÖRTECKNING	VII
LITTERATUR	XIII
FÖRKORTNINGAR	XVIII

I. INLEDANDE DEL

§ 1. Frågeställning och avgränsningar	3
1.1. Bakgrund	3
1.2. Frågeställning och material	4
1.3. Vad avses med fastighetsförmedling?	7
1.4. Yrkesmässig och tillfällig förmedling	10
1.5. Terminologisk anmärkning	12
§ 2. Fastighetsförmedlingen av i dag	14
2.1. Rätten att idka fastighetsförmedling	14
2.1.1. FFF	14
2.1.2. Bankernas rätt att idka fastighetsförmedling	17
2.2. Fastighetsförmedlarna	20
2.3. Konklusion	25
§ 3. Rättsreglerna angående fastighetsförmedling	27
3.1. FFF	27
3.1.1. Den kontraktsrättsliga relevansen av FFF	27
3.1.2. Tillämpningen av FFF på bankernas förmedling ..	30
3.2. Konsumentskyddslagstiftningen	30
3.2.1. Konsumentskyddslagstiftningens tillämplighet vid fastighetsförmedling	30
3.2.1.1. Relationen fastighetsförmedlare/uppdrags- givare	30
3.2.1.2. Relationen fastighetsförmedlare/motpart ..	32
3.2.1.3. Sammanfattning	35

VIII

3.2.2. Vem är konsument?	35
3.2.3. Konsumentskyddslagstiftningens civilrättsliga betydelse	39
3.2.3.1. Inledning	39
3.2.3.2. KSL 4:1	40
3.3. Övriga rättskällor	41
3.3.1. Allmänna civilrättsliga regler	41
3.3.2. Mellanmansrätt	43
3.3.3. Handelsbruk och god fastighetsförmedlarsed	44

II. FÖRMEDLINGSPROVISIONEN

§ 4. Förmedlingsprovisionens storlek	49
4.1. Allmän karakteristik	49
4.2. Avtalspraxis	50
4.3. Jämkning av provision	52
4.3.1. Hur kan en jämkning justifiedas?	52
4.3.2. När skall jämkning ske?	54
§ 5. Uppdrag som förutsättning för provision	61
5.1. Komparativ översikt	61
5.1.1. Inledning	61
5.1.2. Svensk rätt	61
5.1.3. Norsk rätt	62
5.1.4. Dansk rätt	63
5.2. Finsk rätt; utgångspunkter	64
5.3. Provisionsansvar p.g.a. formfri utfästelse	66
5.4. Rätten till provision, när inget avtal härom träffats	69
5.4.1. Förutsättningar	69
5.4.2. Provisionens storlek	74
5.5. Utomkontraktuellt ansvar för utebliven provision	76
5.6. Tredjemans ansvar för provision	78
5.6.1. Allmänt	78
5.6.2. Inlösen av aktie	79
5.6.3. Kommuns förköpsrätt	81
5.6.4. Inlösen enligt MarkförvärvsL	82
5.7. Om den fortsatta framställningen	83
§ 6. Avtal som förutsättning för provision	84
6.1. Allmänt	84
6.2. Avtalets giltighet och bestånd	87
6.2.1. Utgångspunkter	87

6.2.2. Ogiltighet p.g.a. fel i viljebildningen m.m.	88
6.2.3. Ogiltighet p.g.a. formfel	90
6.2.4. Betingade avtal	91
6.2.4.1. Suspensivt betingade avtal	91
6.2.4.2. Resolutivt betingade avtal	93
6.2.5. Avsaknad av makes samtycke	94
6.2.5.1. Huvudregeln	94
6.2.5.2. Uppdrag med klausul om skyldighet att acceptera anbud	96
6.2.6. Brister i säljarens rätt till avtalsobjektet	97
6.2.6.1. Huvudregeln	97
6.2.6.2. Uppdrag med klausul om skyldighet att acceptera anbud	99
6.2.7. Tillstånd av myndighet	101
6.3. Klausuler om skyldighet att acceptera anbud	104
6.3.1. Avtalspraxis	104
6.3.2. Rättslig bedömning	105
6.3.2.1. Allmänt	105
6.3.2.2. Kontraheringsvägran p.g.a. godtagbart skäl	106
6.3.2.3. Anbud med acceptabla villkor	108
6.3.2.4. Förmedlarens försummelse	109
6.4. Rätt till provision ur handpeng	110
6.4.1. Avtalspraxis	110
6.4.2. Rättslig bedömning	111
6.4.2.1. Handpengen bör tillfalla säljaren	111
6.4.2.2. Jämkning av provision	116
6.4.2.3. Jämkning av handpeng	117
6.5. Kostnadsersättning	118
§ 7. Övriga förutsättningar för provision	121
7.1. Inledning	121
7.2. Orsakssamband och ensamrätt	122
7.2.1. Dispositiv rätt	122
7.2.2. Avtalspraxis	125
7.2.3. Jämkning av klausul om ensamrätt	127
7.3. Uppdragstiden	129
7.3.1. Uppdrag utan tidsbegränsning	129
7.3.1.1. Allmänt	129
7.3.1.2. Uppdragets giltighetstid	130
7.3.1.3. Återkallelse av uppdraget	133
7.3.2. Uppdrag på viss tid	133
7.3.2.1. Avtalspraxis	133

7.3.2.2.	Giltigheten av klausulerna om automatisk förlängning	134
7.3.2.3.	Formen för uppsägning av uppdraget	137
7.3.2.4.	Förtida återkallelse av uppdraget	138
7.3.2.5.	Förtida upphörande på annan grund	140
7.3.2.6.	Konkludent förlängning av uppdraget	140
7.3.3.	Provision för avtal efter uppdragstiden	143
7.3.3.1.	Allmänt; avtalspraxis	143
7.3.3.2.	Tillämpningen av klausulerna om efterprovision	145
7.3.3.3.	Tidsmässig begränsning av skyldigheten att utge efterprovision	148
7.3.4.	När skall avtal anses slutet?	149
7.3.4.1.	Avtal som förmedlaren medverkat till	149
7.3.4.2.	Provisionskrav med stöd av ensamrätt	150
7.4.	Avtalets överensstämmelse med uppdraget	152
7.4.1.	Avtal som förmedlaren medverkat till	152
7.4.2.	Provisionskrav med stöd av ensamrätt	156
§ 8.	Bortfall eller nedsättning av provision p.g.a. förmedlarens för- farande	157
8.1.	Bortfall av provision och skadestånd	157
8.1.1.	Allmänt	157
8.1.2.	Exempel: försumlighet att kontrollera motparts be- talningsförmåga	158
8.2.	Bortfall av provision utan hänsyn till skadan	160
8.2.1.	Allmänt	160
8.2.2.	Trolöshet gentemot uppdragsgivaren	160
8.2.3.	Vanskötsel av uppdraget	162
8.3.	Nedsättning av provision p.g.a. försummelse gentemot motparten	164
§ 9.	Provisionen vid inköpsuppdrag	166
9.1.	Allmänt	166
9.2.	Sekundärt provisionsansvar	166
9.3.	Avtal som förutsättning för provision	167
9.4.	Kravet på kausalsamband	168
9.5.	Köp genom bulvan	169
 III. FÖRME DLARENS SKADESTÄNDSANSVAR		
§ 10.	Allmänna synpunkter	173
10.1.	Inledning	173

10.1.1. Förpliktelser och sanktioner	173
10.1.2. Material	174
10.1.3. Ansvarsförsäkring m.m.	175
10.2. Förmedlarens skyldighet att tillvarata vardera partens intressen	176
10.2.1. Allmänt	176
10.2.2. FFF § 21.1	177
10.3. Ansvarsgrunden	180
10.3.1. Tillämpningen av SkL	180
10.3.1.1. Relationen förmedlare/uppdragsgivare ..	180
10.3.1.2. Relationen förmedlare/motpart	180
10.3.2. Kontraktsrättsliga ersättningsprinciper	181
10.3.2.1. Presumtionsansvar	181
10.3.2.2. Synpunkter på culpabedömningen	185
10.3.2.3. Ersättningsskyldighetens omfattning	187
10.3.3. Förmedlarens ansvar som fullmäktig	188
10.3.4. Avtal om ersättningsskyldighet	191
10.4. Sammanfattning och disposition	192
§ 11. Förmedlarens ansvar gentemot säljaren/uppdragsgivaren	194
11.1. Förmedlarens skyldighet att handla	194
11.1.1. Föreligger en skyldighet att handla?	194
11.1.2. Handlingspliktens innehåll	196
11.1.3. Ersättningens omfattning	198
11.2. Förmedlarens ansvar för värderingen av avtalsobjektet	200
11.2.1. Inledning	200
11.2.2. Förutsättningarna för ansvar	201
11.2.3. Ersättningens omfattning	205
11.3. Förmedlarens ansvar för juridisk rådgivning m.m.	205
11.3.1. Fackmannaansvar	205
11.3.2. Konkreta ansvarssituationer	208
11.3.2.1. Ansvar för skatterättslig rådgivning	208
11.3.2.2. Ansvar för avtalets giltighet	211
11.3.2.3. Ansvar för avtalets innehåll	212
11.4. Förmedlarens ansvar för motpartens betalningsförmåga	215
11.4.1. Culpaansvaret	215
11.4.2. Ansvar p.g.a. garanti	217
11.5. Förmedlarens redovisningsansvar	217
11.5.1. Allmänt	217
11.5.2. Tiden för klander av redovisning	218
§ 12. Förmedlarens ansvar gentemot köparen/motparten	220
12.1. Inledning; skyldighet att handla	220

12.2. Förmedlarens upplysningsplikt	221
12.2.1. Den mäklarrättsliga litteraturen	221
12.2.2. Upplysningsplikten vid fastighetsförmedling	222
12.2.2.1. Rapporteringsplikt	222
12.2.2.2. Skyldighet att anskaffa handlingar	224
12.2.2.3. Undersökningsplikt i övrigt	228
12.2.2.4. Uppgifter om uppdragsgivarens presta- tionsförmåga	229
12.2.3. Ersättningsskyldighetens omfattning	230
12.2.3.1. Avtalet blir bestående	230
12.2.3.2. Avtalet kan hävas	231
12.3. Förmedlarens ansvar för juridisk rådgivning m.m.	233
12.3.1. Inledning	233
12.3.2. Konkreta ansvarssituationer	234
12.3.2.1. Begränsningar i förvärvsrätten	234
12.3.2.2. Lagfart och inteckning	235
12.3.2.3. Skatterättslig rådgivning	236
12.4. Förmedlarens ansvar gentemot spekulant	237
§ 13. Förmedlarens tystnadsplikt	240
13.1. Inledning	240
13.2. Tystnadsplikten omfattning	242
13.2.1. Vilka uppgifter omfattas av tystnadsplikten?	242
13.2.2. Begränsningar i tystnadsplikten	243
13.3. Ersättningsansvaret	245
IV. UTBLICK	
§ 14. Övervakning av uppdragsformulärens innehåll	249
14.1. Övervakningsmyndigheterna	249
14.1.1. Konsumentskyddsmyndigheterna	249
14.1.2. Fastighetsförmedlarnämnden	250
14.1.3. Förhållandet mellan myndigheterna	251
14.2. Synpunkter på skälighetsbedömningen	252
14.2.1. Klausuler om ersättningsskyldighet	252
14.2.2. Klausuler om förmedlingsprovisionen	252
Rättsfallsregister	257

LITTERATUR

- Aarnio, Aulis*, Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.
- van Aershot, Paul*, Pankkien kiinteistönvälitystoiminta ja sen valvonta. Oikeustiede — Jurisprudentia XI. Vammala 1978, 315—357.
- Andersson, Edward*, Tulo- ja varallisuusverolaki. Vammala 1975.
- Aro, Pirkko-Liisa*, Kulutushyödykettä koskevan sopimuksen sovittelu. Kuluttajansuoja. Vammala 1978, 90—100.
- Becker, Arvi*, Mitä ostajan ja myyjän tulee tietää osakekaupasta. KS 2/1969, 10—11.
- Beckman, Nils*, Rättspraxis om mäklarprovision. SvJT 1943, 119—129.
- Rättspraxis om mäklarprovision. SvJT 1970, 605—622.
- Bengtsson, Bertil*, Särskilda avtalstyper I. Andra upplagan, Andra tryckningen. Stockholm 1977.
- Brækhus, Sjur*, Meglerens rettslige stilling. Oslo 1947.
- Cederberg, Lauri*, Kauppa-agentuurista Suomen oikeuden mukaan. Toinen painos. Porvoo 1949.
- Chydenius, Wilhelm*, Finsk kontraktsrätt II. Andra uppl. Helsingfors 1925.
- Erma, Reino*, Konsulentens økonomiske ansvar. Diskussionsinlägg. Forhandlingerne på Det syvogtyvende nordiske juristmøde i Reykjavik den 20.—22. august 1975. Island 1977, 347—350.
- Erme, Leo*, Kiinteistönvälittäjäntutkinto ja sen vaatimukset. KS 2/1969, 6—7.
- Kiinteistönvälittäjän oikeusoppi II. Markkinointi-instituutin julkaisu n:o 68. Helsinki 1977.
- Kiinteistönvälittäjän oikeusoppi I. Markkinointi-instituutin julkaisu n:o 68. Helsinki 1978.
- Fehr, Martin*, Mäklarens rättsliga ställning. SvJT 1925, 89—106.
- Frost, Jep Lauesen*, Ejendomsmæglerens og Ejendomshandlerens Retlige Stilling særligt med hensyn til krav på salær. København 1964.
- Förslag 1914*, Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. avgivna den 31 jan. 1914 av därtill utsedda kommitterade. Stockholm 1914.

- Godenhielm, Berndt*, Om rättsverkan av föravtal. JFT 1958, 226—234.
- Om jämkning av skadestånd i inomkontraktuella förhållanden. JFT 1975, 400—414.
- Hakulinen, Y. J.*, Obligationsrätt I. Allmänna läror. Tammerfors 1962.
- Hasselrot, Berndt*, Handelsbalken jemte dithörande författningar med förklarande anmärkningar och belysande prejudikat till praktiska juristers och affärsmäns tjänst. Sjunde delen. Stockholm 1903.
- HE 53/1969*, Hallituksen esitys Eduskunnalle liikepankkilaiksi, säästöpankkilaiksi, osuuspankkilaiksi, kiinnitysluottopankkilaiksi, luotto-osakeyhtiölaiksi, pankkitarkastuslaiksi ja laiksi osuuskuntalain, velkakirjalain, kaupparekisteristä sekä toiminimestä ja prokurasta annetun asetuksen sekä eräitä valtion varoilla lainaustoimintaa harjoittavia rahalaitoksia koskevista poikkeussäännöksistä annetun lain muuttamisesta.
- Hertzberg, Leo R.*, Om rättegångsbiträdes tystnadsplikt. JFT 1963, 281—296.
- Hiekkaranta, Juha-Veikko*, Toimeksisaajan velvollisuuksista eräissä kauppallisissa toimeksiantosopimuksissa. Turku 1969.
- Jørgensen, Stig — Wanscher, Torben*, Professionelt ansvar i skandinavisk ret. Juristen 1967, 425—440.
- Kallio, Teuvo*, Vielä pankkitarkastusviraston toiminnasta... KS 3/1972, 5, 10.
- Kemppinen, Jukka*, Kuluttajansuojalaki. Kuluttajansuojalain selityksiä. Porvoo 1978.
- Kivimäki, T. M.*, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924.
- Kivimäki, T. M. — Ylöstalo, Matti*, Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Kolmas painos. Porvoo 1973.
- Kivivuori, Antti*, Vahingonkorvauslain soveltamisala. DL 1975, 266—276.
- Kivivuori, Antti — af Schultén, C. G. — Sevón, Leif — Tala, Jyrki*, Kuluttajansuoja. Helsinki 1978.
- Kom. miet. 1964: B 36*, Kiinteistönvälittäjäkomitean mietintö. Helsinki 1964.
- Kom. miet. 1971: A 31*, Ehdotus laiksi kauppaedustajista. Helsinki 1971.
- Kom. miet. 1973: 47*, Agenttilakiehdotuksen tarkistamistoimikunnan mietintö. Helsinki 1973.
- Kom. miet. 1976: 66 II*, Pankkilakitoimikunnan mietintö osa II. Helsinki 1976.
- Kyläkallio, Juhani*, Määräosainen yhteisomistus. Vammala 1965.
- Listoheimo, Mikko*, Kiinteistönvälittäjän vastuu laajenee. KS 3/1978, 30—38.
- Livson, A.*, Teollisuustonttien ja teollisuuskiinteistöjen osakkeiden arviointi. KS 4/1968, 6—7.

- LJP 12/1974*, Förslag till konsumentskyddslagstiftning.
- LP 2/1925*, Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område jämte motiv. Helsingfors 1925.
- Moring, K. A.*, Finsk näringsrätt. Helsingfors 1914.
- Muistio 1978*, Kiinteistönvälittäjäryhmän muistio. Kauppa- ja teollisuusministeriö. Helsinki 1978.
- Muukkonen, P. J.*, Esisopimus. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1960.
- Muotosäännökset. Varallisuus oikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958.
- Käsirahasta Kiinteistön ja irtaimiston kaupasta. KS 4/1967, 4—6.
- Mäkeläinen, Oiva*, Listing-palvelu Suomessa. KS 2—3/1971, 15.
- Nial, Håkan*, Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1936—1940. I. SvJT 1942, 211—226.
- Norri, Matti*, Vallitseeko Suomen sopimusoikeudessa kohtuuttomien ehtojen sovittelusääntö? Oikeustiede — Jurisprudentia IX. Vammala 1977, 121—187.
- Norrmén, G.*, Juridiska Föreningens förhandlingar. År 1929. Fråga 8: »Om fraktaftal slutits genom mäklare och denne för bortfraktaren icke uppgivit befraktaren samt befraktaren sedan underlåter att fullfölja avtalet, frågas om mäklaren gentemot bortfraktaren svarar i befraktarens ställe, även om han efteråt uppger den sistnämnde? JFT 1930, 194—196.
- Ojanen, Ilmari*, Maapakettilait. Helsinki 1978.
- Olsson, Curt*, Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget. Helsingfors 1949.
- Parviainen, Martti*, Rahalaitosten kiinteistönvälitys. KS 4/1973, 9—11, 19.
- Petersen, J. Günther*, Ansvarsfraskrivelse med særligt henblik på aftaler om befordring, forvaring og bearbejdelse. København 1957.
- Pohjoismaista välittäjä tietoa*. KS 2/1977, 6—7.
- Porras, Kirsti*, Asunnonvuokraustoiminnasta. KS 3/1968, 13—14.
- Portin, Göran*, Om jämkning av oskäligen avtal. JFT 1974, 323—335.
- Raninen, Hugo*, Kauppaedustajain oikeudellisesta asemasta Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1949.
- Rautiala, Martti*, Holhousioikeus. Kolmas painos. Vammala 1975.
- Kiinteistönkaupasta. Toinen painos. Vammala 1977.
- Reg. prop. 53/1969*. Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om affärsbanker, lag om sparbanker, lag om andelsbanker, lag om hypoteksbanker, lag om kreditaktiebolag, lag om tillsyn över bank och lagar angående ändring av lagen om andelslag, lagen om skuldebrev, förordningen angående handelsregister samt om firma och prokura, samt lagen om undantagsstadganden rörande vissa penninganstalter, vilka bedriva utlåning med statsmedel.

- Reg. prop. 55/1973.* Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av jordlegolagen.
- Reg. prop. 134/1974.* Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om kommuns förköpsrätt vid fastighetsköp.
- Reg. prop. 180/1975 II.* Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till förköpslag.
- Reg. prop. 186/1975 II.* Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om naturliga personers och privaträttsliga samfunds rätt att förvärva jord och skogsbruksjord samt vissa därtill anslutna lagar.
- Reg. prop. 8/1977.* Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till konsumentskyddslagstiftning.
- Rodhe, Knut,* Obligationsrätt. Lund 1956.
- Routamo, Eero — Hoppu, Esko,* Suomen vahingonkorvausoikeus. Vaasa 1977.
- Saarenpää, Ahti — Mattila, Heikki — Mikkola, Matti,* Holhous — yhteiskunnallinen ongelma. Helsinki 1972.
- Salmiala, Bruno A.,* Asianajajan vaitiolo- ja salassapitovelvollisuudesta. DL 1950, 412—430.
- Salminen, Eino A.,* Kesähuviloiden välityksestä. KS 1/1968, 10, 8.
- Sandvik, Tore,* Handelsagentur og andre mellommannsforhold i varehandelen. Oslo 1971.
- Konsulentens økonomiske ansvar. Forhandlingerne på Det syvogtyvende nordiske juristmøde i Reykjavik den 20.—22. august 1975. Island 1977. Bilag 10.
- Saxén, Hans,* Om förmedlingsprovision vid köp. JFT 1958, 1—59.
- Skadeståndsrätt. Ekenäs 1975.
- Konsulentens økonomiske ansvar. Korreferentens inlägg. Forhandlingerne på Det syvogtyvende nordiske juristmøde i Reykjavik den 20.—22. august 1975. Island 1977, 333—339.
- af Schultén, C. G.,* Sopimusehtojen sääntely. Kuluttajansuoja. Vammala 1978, 76—89.
- Sevón, Leif,* Kuluttajansuojalainsäädännön soveltamisala. Kuluttajansuoja. Vammala 1978, 13—25.
- Sjöman, Erik,* Om handelsagentens rättsställning. Festskrift för Svenska Handelsagenters Förening utgiven vid dess 30-årsjubileum den 23 oktober 1944. Stockholm 1944, 49—101.
- Stenius, Jaakko,* Välityspalkkiosta. DL 1947, 51—64.
- Taxell, Lars Erik,* Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
- Telaranta, K. A.,* Kauppa-agentti ja myyntimies kauppaedustajana. Vammala 1977.
- Tiberg, Hugo,* Mellanmansrätt. 5. uppl. Uppsala 1977.
- Tirkkonen, Tauno,* Uusi todistuslainsäädäntö. Vammala 1949.

- Advokaters och läkares tystnadsplikt i rättegång. Förhandlingarna å det nittonde nordiska juristmötet i Stockholm den 23—25 augusti 1951. Stockholm 1952. Bilaga IV.
- Turkulainen, Esko*, Kiinteistönvälittäjän roolista Suomessa. KS 4/1971, 7—9.
- Wilhelmsson, Thomas*, Om styrning av försäkringsvillkor. En rättsvetenskaplig studie angående avtalsfriheten vid frivillig skadeförsäkring. Vammala 1977.
- Om tro och heder i finsk avtalsrätt. Avtalslagen § 33 i rättstillämpningen. Oikeustiede — Jurisprudentia XI. Vammala 1978, 35—88.
- Vinding Kruse, A.*, Advokatansvaret. 4. udgave. København 1976.
- Wrede, R. A.*, Lagen om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 13 juni 1929 jämte i samband därmed utfärdade lagar med förklaringar. Andra uppl. Borgå 1949.
- Vuorinen, Pentti*, Rantatonttimääräala toimeksiantokohteena. KS 1/1969, 4—5.
- Ylänkö, Olavi*, Asianajajan velvollisuuksista päämiestä kohtaan asianajo-toimeksiannossa. Siviilioikeuden yleisen osan lisensiaattitutkimus. Helsingin Yliopisto 1973.
- Ylöstalo, Matti*, Asianajajan käsikirja. Toinen painos. Porvoo 1975.
- Zitting, S.*, Kiinteistökauppaa koskevia kysymyksiä. KS 4/1967, 9—10.
- Zitting, Simo — Rautiala, Martti*, Esineoikeuden oppikirja. Yleinen osa. 4. painos. Vammala 1976.

FÖRKORTNINGAR

AffBL, L om affärsbanker 29. 8. 1969/540
AndBL, L om andelsbanker 29. 8. 1969/542
AvtL, L om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13. 6. 1929/228
BFF, F om bostadsförmedlingsrörelser 12. 10. 1962/534
DL, Defensor Legis
F, Förordning
FFF, F om fastighetsförmedlare 29. 2. 1968/140
FFFörsL, Förslag till ny F om fastighetsförmedlare, avgivet i *Muistio* 1978
FFmf, Finlands Fastighetsmäklareförbund
FörkL, Förköpslag 5. 8. 1977/608
FörmL, L ang. förmynderskap 19. 8. 1898/34
HB, Handels Balk
HD, Högsta domstolen
HE, Hallituksen esitys
HovR, Hovrätt
HRL, L om handelsrepresentanter 30. 5. 1975/389
IFL, L om skatt på inkomst och förmögenhet 31. 12. 1974/1043
JB, Jorda Balk
JFT, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JustMb, Justitieministeriets beslut
KknL, L om konsumentklagonämnden 20. 1. 1978/42
KO, Konsumentombudsmannen
Kom. miet., Komiteanmietintö
KS, Kiinteistösanomat
KSL, Konsumentskyddslag 20. 1. 1978/38
L, Lag
LagfL, L om lagfart och tiden för klander av fastighetsfång 28. 2. 1930/86
LJP, Lagstiftningsavdelningens vid justitieministeriet publikation
LP, Lagberedningens publikationer
MarkförvärvsL, L om rätt att förvärva jord- och skogsbruksmark 26. 5. 1978/391
MD, Marknadsdomstolen

NJA, Nytt Juridiskt Arkiv

NäringsL, L ang. rättighet att idka näring 27. 9. 1919/122

RB, Rättegångs Balk

Reg. prop., Regeringens proposition

RR, Rådstuvurätt

SamägL, L om vissa samäganderättsförhållanden 25. 4. 1958/180

SBL, L om skuldebrev 31. 7. 1947/622

SkL, Skadeståndslag 31. 5. 1974/412

SL, Strafflag 19. 12. 1889/39

SpBL, L om sparbanker 29. 8. 1969/541

Stämpell, L ang. stämpelskatt 6. 8. 1943/662

SvJT, Svensk Juristtidning

SvKöpL, L om köp och byte av lös egendom 20. 6. 1905 (Sverige)

UtlFastL, L om utlänningars samt vissa sammanslutningars rätt att äga
och besitta fast egendom och aktier 28. 7. 1939/219

ÄB, Ärvdabalk 5. 2. 1965/40

ÄL, Äktenskapslag 13. 6. 1929/234

I
INLEDANDE DEL

§ 1. FRÅGESTÄLLNING OCH AVGRÄNSNINGAR

1.1. BAKGRUND

I en färsk undersökning angående de potentiella marknaderna för fastighetsförmedlingen har man uppskattat, att det i städerna i vårt land i dag ingås mellan 40 000 och 60 000 bostadsköp per år. På landsbygden skulle enligt samma beräkning bostadsköpens antal under en motsvarande period uppgå till mellan 16 000 och 20 000. Vidare antar man, att det varje år säljs 5 000—7 000 odlingslägenheter, 1 000—2 000 skogsområden, 3 000—4 500 fritidsbostäder, 1 000—2 000 byggnadsplatser för fritidsbosättning samt 3 000—4 000 bostadstomter. Årligen sluts mellan 1 000 och 2 000 lego- eller hyresavtal och mellan 1 000 och 1 500 köpavtal rörande olika affärs- och industriobjekt inom den privata sektorn.¹

Av dessa fastighets- och bostadsköp ingås i dag uppskattningsvis ca 60 % med bistånd av fastighetsförmedlare; förmedlingen av lego- och hyresavtal rörande kontors- och industriutrymmen har också blivit mer allmän under senaste tid.² Avtal om fastighetsförmedling är m.a.o. en avtalstyp som i dag utnyttjas i stor omfattning såväl av enskilda som av företag. Då man dessutom beaktar, att avtalet i fråga ofta berör objekt av betydande värde i förhållande till avtalspartens ekonomiska ställning, framstår avtalstypens ekonomiska och sociala signifikans som uppenbar. Trots detta föreligger

¹ Muistio 1978, 17 ff. Undersökningen har utförts av de bankanknutna förmedlingsbolagen.

² Uppgifterna har givits av verksamhetsledare Sirén vid FFmf.

inte i finsk rätt någon omfattande juridisk undersökning beträffande de rättsliga problemen i anslutning till avtalet om fastighetsförmedling (eller förmedling i allmänhet). Främst kan man i detta sammanhang nämna en längre artikel om förmedlingsprovision vid köp, som publicerats av *Saxén* år 1958. Bristen på litteratur är likväl inte en följd av, att de rättsliga problemen i anslutning till ifrågavarande avtalstyp vore obetydliga: rättspraxis i HD angående förmedlingsavtal av olika slag och framför allt angående avtal om fastighetsförmedling är riklig.

I den rättsvetenskapliga litteraturen i de övriga nordiska länderna har man ägnat förmedlingsavtalet större uppmärksamhet. I såväl norsk som dansk doktrin föreligger en större monografi rörande de rättsliga problemen i anslutning till (bl.a.) fastighetsförmedling: *Brækhus'* »Meglerens rettslige stilling» respektive *Frosts* »Ejendomsmæglerens og Ejendomshandlerens Retlige Stilling særligt med hensyn til krav på salær». Denna omständighet gör det likväl inte obefogat att utföra en motsvarande undersökning avseende finsk rätt: dels är lagstiftningen på området i de olika nordiska länderna inte likadan³ och dels förefaller ståndpunkterna också i sådana frågor, som inte reglerats i lag, variera rätt kraftigt mellan dessa länder.

1.2. FRÅGESTÄLLNING OCH MATERIAL

Det föreliggande arbetet är till sin natur *rättsdogmatiskt*: här undersöks, vilka rättigheter och skyldigheter fastighetsförmedlaren kunder — främst uppdragsgivaren och dennes motpart i det förmedlade avtalet — innehar gentemot den professionella fastig-

³ En översikt över lagstiftningen i de nordiska länderna samt i vissa andra länder ges i *Muistio* 1978, 6 ff. — Det är i detta sammanhang skäl att påpeka, att den i texten nämnda monografin av *Frost* 1964 inte är helt up to date, då gällande Lov om ejendomsmæglere, Bekendtgørelse om ejendomsmægleres og ejendomshandleres virksomhed och Bekendtgørelse om ejendomsmæglerprøven är givna år 1966 (218, 401 resp. 402/1966).

hetsförmedlaren. Av den nyss angivna frågeställningen framgår också, att undersökningen har en *civilrättslig* (kontraktsrättslig) inriktning: här belyses rättsförhållandet mellan förmedlaren och hans kunder, medan förmedlarens offentligrättsliga förpliktelser omtalas enbart i den mån de kan anses vara relevanta vid bedömningen av de civilrättsliga relationerna mellan de nyssnämnda aktörerna. Någon helhetsbild av förmedlarens rättsliga ställning av det slag som kan påträffas hos *Brækhus* och *Frost* tecknas alltså inte.

En rättsdogmatisk undersökning innehåller såväl normativa som empiriska element. De empiriska påståendena är normalt deskriptiva till sin karaktär; man strävar inte till någon teoribildning i den meningen att man skulle söka förklaringar till olika sociala skeenden. Det deskriptiva materialet kan ges en mer eller mindre framträdande plats såväl vid argumentationen kring olika normativa problem som vid själva urvalet av de spörsmål som behandlas. Lämnar man relevanta empiriska data utan tillbörlig uppmärksamhet i sistnämnda avseende, är det inte uteslutet, att en betydande del av den normativa diskussionen kommer att ägnas åt »akademiska» frågor, åt problem, som inte är aktuella i praktiken. På kontraktsrättens område kan detta bli följden t.ex. om man underlåter att beakta det viktiga material som avtalspraxis utgör; särskilt om det föreligger en relativt enhetlig standardavtalspraxis, som i något avseende avviker från den dispositiva rättens regler, förefaller det tämligen verklighetsfrämmande att på dessa punkter ingående diskutera de tolkningsfrågor som kan analyseras fram ur den dispositiva regleringen. Detta utesluter naturligtvis inte, att en viss kännedom om den dispositiva rätten också i det nämnda fallet är nödvändig bl.a. vid diskussionen om tolkning och jämkning av de klausuler som begagnas i standardavtalen.

I den mäklarrättsliga litteraturen har man i allmänhet fäst huvudvikten vid frågan, vilka dispositiva regler som skall anses gälla på området, medan man i mindre utsträckning tagit hänsyn till innehållet i de uppdragsavtal som används i praktiken. Detta är särskilt vad beträffar reglerna om förmedlingsprovision en

olämplig angreppsvinkel: vid fastighetsförmedling begagnar man regelmässigt avtalsvillkor rörande denna problematik, vilka i avgörande grad avviker från de huvudprinciper som anses gälla enligt dispositiv rätt. Vid en undersökning av rättsförhållandet mellan fastighetsförmedlaren och hans kunder måste man därför beakta avtalspraxis på området. Endast mot denna bakgrund kan man föra en praktiskt relevant rättsdogmatisk diskussion.

I den föreliggande undersökningen har avtalspraxis på fastighetsförmedlingens område i första hand belysts med hjälp av de avtalsformulär som fastställts av Finlands Fastighetsmäklareförbund (FFmf). Dessa formulär begagnas av förbundets medlemskår, som i februari 1978 bestod av 216 förmedlare.⁴ Också de förmedlare, som inte tillhör FFmf, använder i regel liknande formulär; avvikelser i detalj förekommer givetvis i någon utsträckning.⁵ I syfte att kartlägga dessa avvikelser har av 60 förmedlare, som är verksamma i Helsingfors och inte är medlemmar av FFmf, inbegärts deras avtalsformulär. Antalet svar på denna enkät har blivit relativt litet (12); det material som begagnats vid undersökningen kan likväl betecknas som tämligen representativt, i det avtalsformulär från de fyra stora bankanknutna förmedlingsbolagen Sparbankernas Fastighetsförmedling, Osuuspankkien Kiinteistökeskus, Huoneistomarkkinointi och Huoneistokeskus, vilka inte tillhör FFmf, har funnits tillgängliga. Som senare skall framgå, täcker dessa bolag tillsammans med medlemsföretagen i FFmf en mycket stor del av fastighetsförmedlingsmarknaden i dagens Finland.

Då de avtalsformulär som insamlats från förmedlare, vilka står utanför FFmf, i sina huvuddrag överensstämmer med förbundets formulär, har villkoren i de sistnämnda formulären lagts till grund för den föreliggande framställningen. Endast på sådana punkter, där det förekommer avvikelser från förbundets formulär, har innehållet i andra tillgängliga formulär redovisats särskilt.

⁴ Muistio 1978, 22. — Medlemskap i förbundet anges med hjälp av beteckningen [A] i anslutning till rörelsens firma.

⁵ Verksamhetsledare Sirén vid intervju 4. 1. 1978.

Arbetet har disponerats på följande sätt. Efter en närmare definition av föremålet för framställningen och några terminologiska anmärkningar ges i det föreliggande inledande avsnittet vissa bakgrundsdata om fastighetsförmedlingen i Finland (§ 2) samt om de legislativa källor som kan utnyttjas vid bedömningen av rättsförhållandet mellan förmedlare och kund (§ 3). I det andra huvudavsnittet av boken analyseras det problemkomplex, som givit upphov till merparten av rättspraxis på mäklarrättens område, bedömningen av kravet på förmedlingsprovision (§§ 4—9). Frågan om förmedlarens ersättningsansvar gentemot uppdragsgivaren och dennes avtalspart berörs i det tredje huvudavsnittet (§§ 10—13). I det avslutande avsnittet presenteras slutligen några förslag till åtgärder, som kunde vidtas av de övervakande myndigheterna på området, konsumentskyddsmyndigheterna och — i framtiden — fastighetsförmedlarnämnden (§ 14).

1.3. VAD AVSES MED FASTIGHETSFÖRMEDLING?

Begreppet fastighetsförmedling har i finsk lagstiftning erhållit en relativt bestämd betydelse. I FFF § 2 anges bl.a. följande kriterier:

- (i) fastighetsförmedlaren *sammanför* säljare och köpare och
- (ii) köpet skall avse *fast egendom*⁶ eller aktier eller andelar i fastighetsbolag, *bostadsaktiebolag* eller härmed jämförbara sammanslutningar.

Inom ramen för fastighetsförmedlingsverksamheten kan man också åstadkomma *byte* av nyssnämnd egendom. Vidare betraktas som fastighetsförmedlare även den som förmedlar *arrendering* av

⁶ Med fast egendom avses även visst område, viss andel av eller annan del i fastighet samt arrenderätt till fastighet och tomt (FFF § 3.2; FFFörl § 4.1).

fast egendom.⁷ Däremot omfattas förmedling av hyresavtal rörande lägenheter för bostadsändamål inte av begreppet fastighetsförmedling så som det definierats i FFF. Sådan verksamhet benämns i stället *bostadsförmedling* enligt BFF § 2.

I detta arbete begagnas den terminologi som utnyttjats i FFF. De problem av rättslig art som uppkommer i samband med bostadsförmedling i nyss anförd bemärkelse berörs sålunda inte, trots att det i praktiken i någon utsträckning förekommer, att fastighetsförmedlare bedriver också bostadsförmedling med stöd av en särskild auktorisation enligt BFF. I dag spelar nämligen bostadsförmedlingen en ytterst undanskymd roll i fastighetsförmedlarnas verksamhet. P.g.a. dålig lönsamhet håller bostadsförmedlingen på att försvinna från marknaden; fastighetsförmedlare, som erhållit auktorisation att bedriva bostadsförmedling, nöjer sig i regel med att tillfälligtvis förmedla hyresavtal rörande mer värdefulla bostadsobjekt.⁸ — De regler som antas gälla beträffande fastighetsförmedling kan i någon utsträckning antas vara tillämpliga också vid bostadsförmedling; den något avvikande socioekonomiska bakgrunden till de båda verksamheterna samt differenserna mellan BFF och FFF kan likväl stundom också tala för skilda lösningar vid de olika formerna av förmedling.

Ett karaktäristiskt drag hos fastighetsförmedlingen — och också hos annan mäklarverksamhet — är, att förmedlaren *sammanför* parterna i ett presumtvt avtal. Fastighetsförmedlaren handhar emellertid också andra uppgifter än själva etableringen av kontakten mellan parterna.⁹ Han undersöker och värderar avtalsobjektet, han bistår i regel parterna vid avtalsförhandlingarna och söker bringa avtalsparterna till enighet. Han brukar också i flertalet fall uppgöra köpebrevet och köpet avslutas oftast hos förmedlaren (som ofta själv är eller har tillgång till offentligt köpvittne);

⁷ I FFörsI § 2 p. 2 har ytterligare nämnts uthyrning av lägenheter som inte är avsedda för bostadsändamål.

⁸ Uppgifterna är givna av verksamhetsledare Sirén 4. 1. 1978. Jfr tidigare t.ex. Porras 1968, 13 f.

⁹ Se även betr. mäklarens arbetssätt i allmänhet Brækhus 1947, 57 ff.

vid större köp mellan företag sköter dock företagens jurister ibland denna del av köpslutet själva. Förmedlarens sätt att handha uppgifter av nyssnämnt slag kan givetvis vara en relevant omständighet vid bedömningen såväl av hans ansvarighet gentemot parterna som av hans rätt till provision. Vid behandlingen av de kontraktsrättsliga problemen i anslutning till ett avtal om fastighetsförmedling måste man därför beakta all den verksamhet som normalt hänger samman med ett avtal om fastighetsförmedling. De rättsliga verkningarna av uppdrag, som inte har något direkt samband med förmedlingen av ett avtal, kommer däremot inte att beröras i detta arbete; sålunda skall t.ex. uppdrag att enbart värdera fastigheter och bostadsaktier, som givits utan anknytning till något försäljningsuppdrag,¹⁰ inte behandlas närmare här.

Ett drag, som ansetts vara typiskt för olika slag av mäklare — till skillnad från t.ex. speditörerna, som ju också har att förmedla avtal mellan två parter, befraktare och bortfraktare — är, att kretsen av potentiella uppdragsgivare för mäklarna omfattar båda grupperna av presumtiva avtalsparter, såväl säljare som köpare.¹¹ Också vid fastighetsförmedling kan både överlåtare och förvärvare av egendom uppträda som uppdragsgivare. I praktiken dominerar försäljningsuppdragen likväl mycket kraftigt. Enligt uppgift från FFmf kan man räkna med att uppskattningsvis 95 % av de uppdrag en fastighetsförmedlare mottar utgör försäljningsuppdrag; de fåtaliga inköpsuppdragen ges främst av företag, medan privatpersoner sällan förekommer som uppdragsgivare i dessa fall. Då fastighetsförmedlarnas verksamhet normalt baserar sig på ett försäljningsuppdrag, är det naturligt, att de rättsliga problem som uppkommer i samband med uppdrag av denna art kommer att stå i förgrunden i det föreliggande arbetet. Inköpsuppdragen lämnas likväl inte utanför ramen för framställningen; bl.a. har det befunnits lämpligt

¹⁰ Sådana uppdrag är vanliga i fastighetsförmedlarnas verksamhet. FFmf har också fastställt en särskild rekommenderad taxa för provisionerna vid värderingsuppdrag av detta slag.

¹¹ Se t.ex. *Brækhus* 1947, 16 ff., *Sandvik* 1971, 26 och *Tiberg* 1977, 18.

att inta ett särskilt avsnitt om provisionsspörsmålen i samband med sådana uppdrag (§ 9). — Förmedling av legoavtal behandlas i regel inte särskilt; de synpunkter som framställs beträffande försäljnings- och inköpsuppdrag syns ofta mutatis mutandis kunna tillämpas på förmedling av förstnämnda slag.

1.4. YRKESMÄSSIG OCH TILLFÄLLIG FÖRMEDELING

I det föreliggande arbetet riktas uppmärksamheten uteslutande mot de civilrättsliga relationerna i samband med *yrkesmässig* fastighetsförmedling. Det är nämligen uppenbart, att de uppdrag som mottas inom ramen för en yrkesmässig förmedlingsverksamhet i vissa avseenden — exempel härpå ges i det följande — måste bedömas på ett annat sätt än förmedlingsuppdrag, som tillfälligt utförs av en person, som inte annars sysslar med verksamhet av detta slag.¹² Den tillfälliga förmedlingen förefaller inte heller vara av så stor betydelse, att det vore skäl att belasta framställningen med särskilda ställningstaganden till frågan om varje enskild regels tillämplighet på tillfälliga förmedlingsuppdrag. — Också Brækhus finner i sin monografi över mäklarens rättsliga ställning i norsk rätt det lämpligt att helt utesluta tillfälliga förmedlare från det mäklarbegrepp han begagnar, i det den yrkesmässiga förmedlingen på vissa — men inte alla — områden följer helt andra regler än den tillfälliga.¹³

I detta sammanhang är det också skäl att framhålla, att FFF endast äger tillämpning på den »som mot arvode, *yrkesmässigt* eller *fortgående*» förmedlar avtal (FFF § 2). Den yrkesmässiga fastighetsförmedlingen skall sålunda bedömas mot en annan legislativ bakgrund än den tillfälliga förmedlingen; någon speciallagstiftning

¹² Saxén 1958, 5. Även Stenius 1947, 53 behandlar främst förmedlare, som verkar yrkesmässigt eller fortgående.

¹³ Brækhus 1947, 18. Se även den näringsrättsliga definitionen hos Moring 1914, 319.

rörande tillfällig förmedling förekommer inte. — En av förutsättningarna för att konsumentskyddslagstiftningen skall kunna tillämpas på förhållandet mellan förmedlaren och hans kunder är att förmedlaren uppträder som näringsidkare; denna förutsättning är inte alltid uppfylld vid tillfällig förmedling.

Det sagda utesluter givetvis inte, att de regler som uppställs beträffande uppdrag vid yrkesmässig fastighetsförmedling i någon utsträckning kan tillämpas också på avtal om tillfällig verksamhet av detta slag. Särskilt om man för den tillfälliga förmedlingen betingat ett arvode kan det i många situationer vara skäl att kontraktsrättsligt behandla den på samma sätt som yrkesmässig förmedling.¹⁴ Det är likväl skäl att framhålla, att man naturligtvis inte kan kräva att en tillfällig förmedlare besitter samma kunskaper och erfarenhet i branschen som en professionell förmedlare.¹⁵ Den som ger ett uppdrag åt en tillfällig förmedlare får därför räkna med, att dennes handlande i ansvarshänseende bedöms med en mildare måttstock än motsvarande handlande av en person, som yrkesmässigt verkar inom branschen. Såsom *Saxén* framhåller, kan man, på samma sätt som man i köprätten ställer strängare krav på köpmän, »av en yrkesförmedlare kräva ett omsorgsfullare iakttagande av huvudmannens intressen».¹⁶

Skillnaderna mellan yrkesmässig och tillfällig fastighetsförmedling är naturligtvis, som ovan antytts, större, då förmedlingsuppdraget utförs av en privatperson, som en väntjänst. Exempelvis anses en privatperson, som utfört ett uppdrag utan att han erhållit någon uttrycklig provisionsutfästelse, i motsats till den yrkesmässiga förmedlaren¹⁷ inte utan vidare ha någon rätt till provision för sin medverkan till ett avtal;¹⁸ tjänster inom privatlivets ram presumeras ju i regel vara benefika. Denna huvudregel får dock inte tolkas

¹⁴ Se även *Frost* 1964, 23.

¹⁵ *Hiekkaranta* 1969, 25 f.

¹⁶ *Saxén* 1958, 5.

¹⁷ Se nedan s. 69 f.

¹⁸ *Fehr* 1925, 99 framhåller: »Den privatman, som inom sin bekantskapskrets lyckas sammanföra två intressenter, vilka därigenom komma

alltför absolut; det syns inte vara uteslutet, att man beroende på uppdragets art tillerkänner en privatperson, som lagt ned kostnader på att utföra ett uppdrag, en skälig ersättning för dessa kostnader. Blott i mer exceptionella fall förefaller det däremot motiverat att utdöma en ersättning, som också innefattar ett vederlag för den ifrågavarande privatpersonens arbete.

En person, som handhar förvaltningen av en annan persons egendom och därvid förytttrar delar av denna, betraktas inte som förmedlare. Hans rätt till arvode bestäms normalt av det arbete han utfört vid förvaltningen av egendomen och någon särskild provision för de rättshandlingar han ingår eller förmedlar skall i regel inte utgå.¹⁹ En boutredningsman i ett dödsbo, som ur boet överlåter bostadsaktier eller fast egendom — varvid delägarnas eller rättens samtycke krävs (ÄB 19:14) — har sålunda inte någon särskild rätt till provision för överlåtelse rättshandlingen, utan hans arvode bestäms enligt regeln i ÄB 19:20, som ger honom rätt att »erhålla ett med hänsyn till boets art och omfång samt till det på uppdragets fullgörande nedlagda arbetet skäligt arvode ävensom ersättning för sina kostnader.»

1.5. TERMINOLOGISK ANMÄRKNING

Då ett avtal förmedlas är tre personer inblandade: avtalsparterna i det avtal som förmedlas samt den som utför förmedlingen. Den sistnämnda benämns i det följande *fastighetsförmedlaren* eller *förmedlaren*; termen *mäklare* begagnas i regel blott då allmänna mäklarrättsliga regler refereras. Med *avtalsparterna* avses åter de båda förstnämnda personerna. Bland förmedlarens *kunder* inbegrips förutom avtalsparterna även personer, vilka förmedlaren haft kontakt med utan att få något avtal till stånd.

till affär, har icke utan vidare anspråk på att av någondera utfå ersättning.»

¹⁹ Så även Beckman 1970, 606. Jfr dock Brækhus 1947, 331 f.

Vid bedömningen av relationerna mellan förmedlaren och avtalsparterna är det ofta nödvändigt att indela de sistnämnda i olika undergrupper. Stundom kan det sålunda vara skäl att skilja mellan säljaren (legogivaren) och köparen (legotagaren) i det förmedlade avtalet; i andra fall är det åter av betydelse att beakta, vem som givit uppdraget att förmedla. Denna avtalspart benämns i detta arbete *uppdragsgivaren*, medan den andra avtalsparten kallas för *motparten*. Med motparten avses alltså här den person som utgör uppdragsgivarens avtalspart i det avtal som förmedlarens verksamhet resulterat i eller avses resultera i, medan fastighetsförmedlarens motpart i uppdragsavtalet konsekvent kallas uppdragsgivaren.

§ 2. FASTIGHETSFÖRMEDLINGEN AV I DAG

2.1. RÄTTEN ATT IDKA FASTIGHETSFÖRMEDLING

2.1.1. FFF

Fastighetsförmedlingen är i likhet med annan mäklarverksamhet i Finland en reglementerad näring (NäringsL § 3 p. 13). Fastighetsförmedlingsrörelse får alltså bedrivas blott om tillstånd härtill erhållits; tillståndet ges av länsstyrelsen (FFF §§ 1, 8).¹ Tillstånd kan ges blott åt finska medborgare eller finska registrerade samfund.² I FFF uppräknas ett flertal förutsättningar som bör vara uppfyllda för att tillstånd skall kunna beviljas. Den som vill idka fastighetsförmedlingsrörelse eller vara ansvarig föreståndare för sådan rörelse bör sålunda ha fyllt 25 år, råda över sig och sin egendom samt vara känd som en redbar och tillförlitlig person, som till sina personliga egenskaper måste anses lämplig för uppgiften. Därtill bör han ha erhållit tillräcklig praktisk erfarenhet av fastighetsförmedling samt äga nödig yrkeskompetens (FFF § 5).³ Pröv-

¹ I FFFörsL § 10 föreslår man, att uppgiften överförs till näringsstyrelsen. — Endast den, som beviljats tillstånd att idka fastighetsförmedling har rätt att utnyttja benämningen fastighetsförmedlare och fastighetsförmedlingsrörelse (FFF § 36.1; FFFörsL § 40). På sin affärsskylt och vid annonsering skall sådan person till rörelsens firma foga beteckningen »Auktoriserad fastighetsförmedlare» (»Laillistettu kiinteistövälittäjä») eller »AFF» (»LKV») (FFF § 36.2). Den sistnämnda regeln föreslås i *Muistio* 1978, 58 utgå såsom obehövlig.

² Enligt FFörsL § 5.2 skulle inte heller i UtlFastL avsedda »farliga» samfund få sådant tillstånd; övervakningen av dem kunde nämligen medföra särskilda svårigheter, se *Muistio* 1978, 30.

³ I motsvarande stadgande i FFFörsL § 6 har man preciserat kravet

ningen av yrkeskompetensen sker med hjälp av prov, som anordnas av den av handels- och industriministeriet tillsatta fastighetsförmedlarnämnden (FFF kap. 3); jurister är dock befriade från skyldigheten att på detta sätt särskilt ådagalägga sin yrkeskompetens (FFF § 5 p. 6).⁴ Om en sammanslutning söker tillstånd att idka fastighetsförmedling bör inte blott den ansvariga föreståndaren uppfylla de nyssnämnda kompetenskraven; därtill fordras, att ordföranden och de övriga styrelsemedlemmarna, de ansvariga bolagsmännen samt verkställande direktören är kända som redbara och tillförlitliga finska medborgare, som råder över sig och sin egendom (FFF § 6).⁵

I FFFörs. § 6 p. 6 uppställer man det nya kravet, att fysisk person eller sammanslutning som söker tillstånd att idka fastighetsförmedlingsrörelse måste visa, att man har tillgång till de medel som behövs för att påbörja verksamheten; dessa medel bör stå i ett riktigt förhållande till verksamhetens art och omfattning. I FFFörs. § 11 uttalas vidare en annan ny förutsättning för beviljande av tillstånd: förmedlingsrörelsen bör enligt förslaget också ha en godtagbar ansvarsförsäkring och man bör ha ställt tillräcklig säkerhet för betalningen av skadestånd som rörelsen kan ådra sig.

Prövningen av, huruvida tillstånd att idka fastighetsförmedlingsrörelse skall beviljas, är i princip bunden; finner länsstyrelsen, att sökanden uppfyller de stadgade fordringarna, skall näringstillståndet beviljas (FFF § 10.2).⁶ Tillståndsmyndigheten skall inte utföra någon bedömning av, huruvida det på orten föreligger något behov av den planerade förmedlingsrörelsen.⁷

på praktisk erfarenhet så, att personen i fråga bör ha verkat under minst två års tid inom fastighets- eller bostadsbranschen, och av denna tid minst hälften i en fastighetsförmedlingsrörelse.

⁴ Detta undantag föreslås upphävt i FFFörs.

⁵ Motsvarande regel ingår i FFFörs. § 7.

⁶ Så även *van Aershot* 1978, 331. — I FFFörs. § 13.2 nämns näringsstyrelsen som tillståndsmyndighet.

⁷ *Erme* 1978, B/29.

I FFFörsl har man också velat införa vissa kompetenskrav för fastighetsförmedlingsrörelsens representant, varmed avses person som under rörelsens omedelbara ledning och uppsikt utför i förmedlingsuppdrag avsedda uppgifter.⁸ En sådan representant borde ha fyllt 20 år, vara känd som redbar och tillförlitlig finsk medborgare, som råder över sig och sin egendom, ha inför fastighetsförmedlarnämnden ådagalagt sin yrkeskompetens samt på grundval av utredningar härom ha blivit godkänd av ifrågavarande polisdistrikts chef att verka som representant för förmedlingsrörelse (FFFörsl § 8).

Rätten att idka fastighetsförmedlingsrörelse är naturligtvis inte oåterkallelig. Rörelsernas verksamhet är underkastad en fortlöpande övervakning. Sålunda innehåller FFF detaljerade regler om förmedlarnas skyldighet att föra dagbok och förvara handlingar (FFF §§ 17—19), vilka på anfordran skall företes för tillsynsmyndigheten (FFF § 28.3).⁹ Tillsynsmyndigheter är handels- och industriministeriet, länsstyrelserna och polismyndigheterna (FFF § 28).¹⁰ Länsstyrelsen har befogenhet att tilldela förmedlare eller ansvarig föreståndare, som underlåtit att iaktta stadgandena eller bestämmelserna om fastighetsförmedling eller i vars verksamhet det yppats missbruk, varning eller förbjuda rörelsens bedrivande under viss tid. Är försummelse eller missbruken allvarligare eller fortgår eller upprepas de trots att man vidtagit nyssnämnda åtgärder eller visar sig ifrågavarande person olämplig för sysslan, kan näringstillståndet återkallas (FFF § 33).¹¹ För brott mot bestämmelserna i

⁸ Person som utför blott deluppgifter inom ramen för uppdraget skulle likväl inte anses utgöra representant (FFFörsl § 8.3). Förutom representanter kan vid en fastighetsförmedlingsrörelse sålunda finnas t.ex. visningspersonal, försäljnings- och reklamsekreterare, bokförare, praktikanter samt personer som handhar rörelsens administration, *Muistio 1978, 37*. Kompetenskraven för representant föreslås gälla blott rörelsens ansvariga personer, inte personer utan självständig beslutanderätt, vilka utför blott deluppgifter (*ibid.*).

⁹ FFFörsl §§ 21—23 och § 31.3.

¹⁰ I FFFörsl § 31 anges näringsstyrelsen vara högsta tillsynsmyndighet.

¹¹ I motsvarande regel i FFFörsl § 36 nämns också brott mot god fas-

FFF finns därtill stadgat bötesstraff (FFF § 35.2).¹² Återkallelse av näringsstillstånd eller av godkännande av ansvarig föreståndare kan också ske, ifall förmedlaren eller föreståndaren ställs under förmynderskap, förlorar sitt finska medborgerskap eller döms för brott, som bör anses beröva honom den tillförlitlighet fastighetsförmedlingsverksamheten förutsätter (FFF § 32).¹³

Tillsynen av fastighetsförmedlingsrörelserna förefaller också i praktiken vara relativt grundlig åtminstone på vissa orter. Det kan t.ex. nämnas, att man vid Helsingfors polisinspektion dagligen följer med försäljningsannonser i dagspressen och på basen härav kontrollerar, att förmedlaren har näringsstillstånd och att förmedlingsuppdraget antecknats i dagboken.¹⁴ De lagstadgade granskningarna, som skall företas vartannat år (FFF § 28.2), har också utförts regelmässigt.¹⁵

2.1.2. Bankernas rätt att idka fastighetsförmedling

Genom banklagstiftningen har man i princip kraftigt begränsat bankernas rätt att engagera sig på fastighetsförmedlingsmarknaden. Fastighetsförmedling har uttryckligen nämnts i förteckningen över näringar som är förbjudna för bankerna; bankerna får enligt huvudregeln inte själva idka fastighetsförmedling.¹⁶ Bank anses inte heller ha rätt att fungera som ombud eller filial för fastighetsförmedlingsrörelse.¹⁷

Från det ovannämnda förbudet har man uppställt två undantag:

tighetsförmedlarsed som grund för sanktion. Sanktionerna tilldelas förmedlarna av näringsstyrelsen.

¹² FFFörs. 39.2.

¹³ FFFörs. 35.

¹⁴ *van Aershot* 1978, 333.

¹⁵ Verksamhetsledare *Sirén* på FFmf 4. 1. 1978. Enligt FFFörs. 31.2 skulle granskning förrättas varje år.

¹⁶ AffBL § 22, SpBL § 28 och AndBL § 19.

¹⁷ Se *van Aershot* 1978, 337 f.

(i) Bank kan med tillstånd av bankinspektionen bedriva till bostadssparandet ansluten förmedling av bostadsaktier och -andelar samt egnahemsfastigheter.¹⁸ Tillståndet ges efter ändamålsenlighetsprövning.¹⁹ Då bankinspektionen beviljat tillstånd i enlighet med denna regel har man bl.a. förutsatt, att det på bankens hemort byggs vånings- eller radhus samt att bankerna har personal, som är kompetent att handha uppgifter av ifrågavarande slag.²⁰ Tillstånd ges i regel tillsvidare, varvid bankinspektionen förbehåller sig rätt att återkalla tillståndet om gällande bestämmelser och direktiv inte följs. I praktiken har man dock inte utnyttjat denna sanktion.²¹

I förarbetena till banklagstiftningen angav man uttryckligen, att den förmedling, som är tillåten med stöd av den ovannämnda regeln, kan omfatta förmedling såväl av den bostad, som inköps av spararen, som av eventuell annan bostad, som spararen försäljer som delbetalning för den inköpta bostaden.²² Den arbetsgrupp som arbetat på att förnya FFF och reglerna om bankernas rätt att idka fastighetsförmedling har likväl antagit motsatt ståndpunkt: rätten att förmedla borde omfatta blott sparobjektet.²³ — Det har inte fastställts några gränser för, hur länge kundförhållandet bör ha varat

¹⁸ AffBL § 28, SpBL § 34 och AndBL § 25. Enligt samma lagrum har bankerna också rätt att med tillstånd av bankinspektionen utan begränsningar äga aktier eller andelar i sammanslutningar, som enbart bedriver till bostadssparandet ansluten förmedlingsverksamhet. I praxis har dock sådana tillstånd inte beviljats (*Muistio 1978, 85, van Aershot 1978, 322*) och man har också föreslagit, att den nämnda regeln skulle upphävas (*Muistio 1978, 97 f.*). — I *Kom.miet. 1976: 66 II, 15* föreslog man, att bankernas rätt att idka till bostadssparande anknyten fastighetsförmedling helt skulle upphävas; detta förslag har sedermera synbarligen förfallit.

¹⁹ *van Aershot 1978, 330.*

²⁰ *Muistio 1978, 84 f.*

²¹ Se närmare *van Aershot 1978, 330.*

²² *HE 53/1969, 18.* Den svenska översättningen i *Reg.prop. 53/1969, 19* är felaktig: »osasuorituksena» har översatts med »på avbetalning». — Se även *Kallio 1972, 5, van Aershot 1978, 336 och Muistio 1978, 97.*

²³ *Muistio 1978, 96 f.*

innan man kan tala om bostadssparande. Bank kan sålunda utan att riskera ingripande av bankinspektionen urvattna begränsningarna i förmedlingsrätten genom att förmedla bostäder även åt personer som blott en kort tid deponerat pengar i banken.²⁴

För att klargöra gränserna för bankernas rätt att idka förmedling med stöd av förevarande stadgande har den nyssnämnda arbetsgruppen föreslagit, att bankinspektionen skulle ges rätt att bestämma dessa gränser.²⁵

(ii) Bank har rätt att bedriva notariatverksamhet inom gränser, som fastställs av bankinspektionen.²⁶ I förarbetena till banklagstiftningen framhöll man bl.a., att notariatverksamheten kan »omfatta även försäljning och köp av fastigheter samt bostadssammanlutningars aktier och andelar samt uthyrning av fastigheter och bostäder på grund av notariatsförhållande.»²⁷ I bankinspektionens övervakning av verksamheten har man inte efter år 1971 påträffat ett enda fall, där en bank skulle ha utfört en försäljning av fastighet eller av aktier eller andelar av ovannämnt slag utan vederbörligt avtal om vård av egendom eller utan att banken skulle ha notariaträtt. Bankinspektionen har förbjudit bankerna att annonsera om försäljning som utförs som notariatuppdrag utan att samtidigt ange att det är fråga om sådan försäljning.²⁸

Bank har rätt att inneha aktier eller andelar i en fristående fastighetsförmedlingsrörelse, vars verksamhet omfattar också annan förmedling än sådan som sker i anslutning till bostadssparande, högst till ett belopp, som utgör 20 % av rörelsens hela aktie- eller andelskapital.²⁹ Bankinspektionen övervakar, att bankernas direkta ägande inte överskrider denna gräns; däremot kan myndigheten

²⁴ *van Aershot* 1978, 335 f.

²⁵ *Muistio* 1978, 96.

²⁶ AffBL § 21.3, SpBL § 54 och AndBL § 46. Se även *van Aershot* 1978, 336 f.

²⁷ *Reg. prop.* 53/1969, 24. Se även *Kallio* 1972, 10.

²⁸ *Muistio* 1978, 84.

²⁹ AffBL § 22.2, SpBL § 28.2 och AndBL § 18.2. Om flera sparbanker

inte enligt gällande lagstiftning ingripa mot eventuella former för indirekt ägande av förmedlingsrörelser.³⁰ Därför har regeln om begränsningar i bankernas rätt att äga fastighetsförmedlingsrörelser i praktiken utgjort en död bokstav; genom att fördela ägandet på bolag, föreningar eller stiftelser i nära anslutning till ifrågavarande bank eller bankgrupp, har man kunnat kringgå begränsningen och skapa förmedlingsbyråer som de facto helt står under bankernas inflytande³¹ (dessa benämns i fortsättningen *bankanknutna förmedlingsbolag*). Nyligen har framställts ett förslag, enligt vilket man i bankernas andel i fastighetsförmedlingsbyrå också skulle inräkna de andelar, som ägs av bankernas anställda, och av personer som står i väsentlig ekonomisk intressegemenskap med dem samt av samfund, i vilka ovan avsedda personer har bestämmanderätt. Vidare skulle dessa personer få besätta högst en femtedel av styrelseplatserna i förmedlingsbyrån.³²

De bankanknutna förmedlingsbolagen verkar givetvis på grundval av näringstillstånd enligt FFF och de övervakas på samma sätt som de fristående fastighetsförmedlarna. Däremot omfattas inte den förmedlingsverksamhet som bankerna själva idkar — trots att den kunde betraktas som yrkesmässig — av tillsynen enligt FFF; bankspektionens övervakning av bankerna omfattar å andra sidan också denna del av deras verksamhet.³³

2.2. FASTIGHETSFÖRMEDLARNA

Några exakta uppgifter om det totala antalet auktoriserade fastighetsförmedlare, som de facto verkar i Finland i dag, föreligger

resp. andelsbanker äger andelar i en fastighetsförmedlingsrörelse, får deras sammanlagda andelar inte överstiga 20 %.

³⁰ Muistio 1978, 85.

³¹ Se *Kom.miet.* 1976: 66 II, 13 och *van Aershot* 1978, 323 ff.

³² Muistio 1978, 93 ff. och däri ingående förslag till AffBL § 22.3—4, SpBL § 28.3—4 och AndBL § 19.3—4.

³³ Se närmare *van Aershot* 1978, 326 ff.

inte. I samband med arbetet på en förnyelse av FFF insamlades uppgifter om det sammanlagda antalet beviljade näringstillstånd år 1977; dessa uppgifter ger dock såtillvida en missvisande bild av det faktiska läget, att man här medtagit också sådana fastighetsförmedlingsrörelser, vilkas verksamhet tillfälligt avbrutits.³⁴ Vissa av de tillstånd som givits går dessutom på varandra och andra kan ligga outnyttjade utan att stadgad avbrottsanmälan avgivits. Antalet verk samma auktoriserade fastighetsförmedlare är därför avsevärt lägre än vad som framgår av följande sammanställning över antalet beviljade tillstånd att idka fastighetsförmedlingsrörelse per län i maj 1977:³⁵

Nylands län	380
Tavastehus län	127
Åbo och Björneborgs län	90
Kymmene län	37
St Michels län	37
Norra Karelens län	12
Kuopio län	29
Mellersta Finlands län	26
Vasa län	25
Uleåborgs län	33
Lapplands län	16
Summa	812

I dessa siffror ingår också de näringstillstånd som beviljats bankanknutna förmedlingsbolag. I november 1977 hade dessa ett kontorsnät, som omfattade 129 förrättningsställen runt om i landet.³⁶ — I

³⁴ Exempelvis var vid begynnelsen av år 1978 321 tillstånd att idka fastighetsförmedling i kraft i Helsingfors; av dessa rörelser var dock blott 191 i verksamhet, *Muistio 1978*, 21.

³⁵ Källa: *Muistio 1978*, 21. Tidigare uppgifter påträffas i *Kom.miet. 1964: B 36*, 25 och hos *Turkulainen 1971*, 8.

³⁶ *Muistio 1978*, 86. Byråernas geografiska spridning framgår av uppställningen i *Muistio 1978*, 24 f. I *Kom.miet 1976: 66 II* bilaga 1—3 har upp-

uppgifterna över antalet auktoriserade fastighetsförmedlare ingår däremot inte de tillstånd att bedriva fastighetsförmedling i anslutning till bostadssparande, som bankinspektionen kan bevilja bankerna. År 1978 var 271 sådana tillstånd i kraft.³⁷

Bankerna och de bankanknutna förmedlingsbolagen gjorde sitt intåg på fastighetsförmedlingens scen mot slutet av 1950-talet.³⁸ Deras marknadsandel har härefter stadigt ökat.³⁹ I dag räknar man med, att ca hälften av de köp som överhuvudtaget förmedlas, förmedlas av banker och bankanknutna bolag, medan den andra hälften av marknaden innehas av fristående fastighetsförmedlare.⁴⁰ Enligt FFmf förmedlar bankerna och de bankanknutna förmedlingsbolagen åtminstone 90 % av nybyggnadsproduktionen.⁴¹ I konkurrensen med de fristående fastighetsförmedlarna har bankerna och de bankanknutna bolagen befunnit sig i en förmånlig position såtillvida, att förmedlingsverksamheten lätt kunnat anknytas till bankernas långivning.⁴²

gjorts förteckningar över de affärsbanker, sparbanker och andelsbanker, som är delägare i aktiebolag som idkar fastighetsförmedling.

³⁷ Muistio 1978, 84. — Tillstånden innehades av 5 affärsbanker, 130 sparbanker och 136 andelsbanker, *van Aershot* 1978, 322 f.

³⁸ Se t.ex. *Parviainen* 1973, 9.

³⁹ *Kom.miet* 1976: 66 II, 13.

⁴⁰ *van Aershot* 1978, 322. — År 1976 förmedlade de bankanknutna förmedlingsbolagen Sparbankernas Fastighetsförmedling 5 800 köp, Osuuspankkien Kiinteistökeskus med dotterbolag 5300 köp, Huoneistomarkkinointi 2800 köp och Huoneistokeskus 2700 köp eller sammanlagt 16 600 köp, *Muistio* 1978, 86.

⁴¹ *van Aershot* 1978, 322. Se även *Hufvudstadsbladet* 14. 3. 1978.

⁴² Se t.ex. *van Aershot* 1978, 344 ff. Numera har i AffBL § 42 a, SpBL § 53 a och AndBL § 45 a intagits ett stadgande, enligt vilket bank i avtal om utlåning inte får inta villkor, som inte hänför sig till bankverksamhet. Som sådant förbjudet villkor skall enligt förarbetena anses bl.a. ett villkor, enligt vilket kunden för att erhålla kredit förbinder sig att anlita ett till banken anknutet fastighetsförmedlingsbolag, *Kom.miet.* 1976: 66 II, 22. Däremot hindrar ingenting ett bankanknutet förmedlingsbolag att hjälpa sina kunder att få finansieringen av ett köp ordnad via byråns bank. Dessa

De fyra stora bankanknutna förmedlingsrörelserna är anknutna till respektive banker på följande sätt:⁴³

Huoneistomarkkinointi Oy domineras av Kansallis-Osake-Pankki. Av bolagets 10 000 aktier innehade den 28. april 1976 KOP 1900, Tukkukauppojen Oy, Rauma-Repola Oy och Vakuutus Oy Pohjola envar 2 700 aktier. Åtminstone de två sistnämnda bolagen befinner sig i KOP:s inflytandesfär.

Huoneistokeskus Oy ansluter sig till Föreningsbanken i Finland. I början av år 1978 ägde denna bank 20 % av aktierna i bolaget, medan Försäkrings Ab Fennia ägde 30 % och två icke namngivna bolag 25 % var. Fennia och ett av de sistnämnda bolagen tillhör gruppen kring FBF.

Sparbankernas Fastighetsförmedling Ab hade vid ingången av år 1978 ingen sparbank som direkt ägare. I stället hade den övervägande delen av aktiekapitalet fördelats på sparbanksföreningar runt om i landet samt på Sparbankernas Central-Aktie-Bank.

Andelsbankernas fastighetsförmedlingsorganisation består (1978) av 50 olika bolag, som verkar i samarbete under gemensam uppsikt. I Helsingfors verkar bolaget *Osuuspankkien Kiinteistökeskus Oy*, vars aktiestock är fördelad på Andelsbankernas Centralbank Ab (2000 aktier), *Osuuspankkijärjestön tutkimussäätiö* (4000 aktier) och Andelsbankernas Centralförbund rf (4000 aktier).

De fristående förmedlingsrörelserna utgör inte någon starkt homogen grupp av företag; variationerna är stora vad beträffar såväl omsättningens storlek som personalens antal och skolning.⁴⁴ Några exakta och färsk data härom har inte varit tillgängliga; som en illustration av variationerna i tidigare yrkesutbildning hos dem som ger sig in på fastighetsförmedlarbanan skall här återges delar

förmedlingsbolags nära kontakter till respektive banker kan på detta sätt utnyttjas som konkurrensmedel i kampen om uppdragen, se Hufvudstadsbladet 14. 3. 1978.

⁴³ Uppgifterna är hämtade från *van Aershot* 1978, 323 ff.

⁴⁴ Styrelsen för Finlands Advokatförbund har i ett utlåtande konstaterat, att en advokat får idka fastighetsförmedling under förutsättning, att fastighetsförmedlingen inte präglar advokatens arbete och att den inte kan antas inverka menligt på hans självständighet som advokat, se utlåtande 17/10. 3. 1961 § 42 och härom *Ylänkö* 1973, 6.

av en sammanställning av exempel på, vilka yrken de, som under åren 1960—61 sökt näringstillstånd, tidigare utövat:⁴⁵

Nylands län: 10 jurister, 9 direktörer, 8 affärsmän, 4 ekonomer, 3 merkonomer, 3 handelsmän, 3 disponenter samt bl.a. 1 kapten i.a., 1 maskintekniker, 1 lagerförman och 1 sekreterare.

Åbo och Björneborgs län: 5 fastighetsförsäljare, 2 affärsmän, 2 handelsmän, 2 vicehäradshövdingar, 2 distriktsinspektörer samt bl.a. 1 representant, 1 redaktör, 1 vaktmästare, 1 jordbrukare och 1 f.d.elmontör.

Tavastehus län: 6 affärsmän, 5 fastighetsförsäljare, 4 handelsmän, 3 gårdsägare, 2 agrologer samt bl.a. 1 trafikant, 1 målare, 1 timmerman, 1 studerande, 1 sågtekniker, 1 författare och 1 affärsbiträde.

Av samtliga auktoriserade fastighetsförmedlingsrörelser — såväl bankanknutna som fristående — bedrivs ca en tredjedel i aktiebolagsform.⁴⁶ — Bland de förmedlingsbyråer som tillhör FFmf hade den största år 1977 13 anställda; den vanligaste storleken på en sådan byrå var 2—3 personer.⁴⁷

Under senare år har samarbetet mellan de fristående fastighetsförmedlarna blivit livligare. Bl.a. har man inom ramen för förmedlarnas intresseorganisation, FFmf, även hos oss tagit i bruk det s.k. Listing-systemet för samverkan mellan förmedlare. Den förening som grundats för ändamålet, Listing-Yhdistys r.y., omfattade i februari 1978 35 förmedlingsbyråer.⁴⁸ Medlemsbyråerna, som i sin annonsering tillkännager sitt medlemskap med hjälp av beteckningen »L», erhåller via ett gemensamt datamaskinsnät information om och kan till sina köpare utbjuda alla de objekt som givits till försäljning i någon Listing-byrå; samtidigt underlättas deras värderingsarbete genom att uppgifter om ett stort antal ingångna köp kan databehandlas gemensamt.⁴⁹

⁴⁵ *Kom.miet.* 1964: B 36, 26.

⁴⁶ År 1976 bedrevs av de 678 byråer som erhållit tillstånd att idka fastighetsförmedling 231 i aktiebolagsform, *Muistio* 1978, 22 f.

⁴⁷ KS 2/1977, 7.

⁴⁸ *Muistio* 1978, 22.

⁴⁹ Se t.ex. *Mäkeläinen* 1971, 15.

2.3. KONKLUSION

Ovan har framgått, att fastighetsförmedlarna i Finland bildar en tämligen heterogen grupp: bland dem förekommer såväl enskilda näringsidkare med ringa utbildning som stora bankanknutna bolag med filialer i olika delar av landet. Förmedlarnas kundkrets är å andra sidan inte heller enhetlig: man förmedlar ju, som i ett tidigare sammanhang framgått, köp av såväl bostäder som mindre och större industrifastigheter och -utrymmen. I förhållandet mellan förmedlare och kund kan sålunda vardera partens allmänna socio-ekonomiska position variera kraftigt.

I rättsdogmatiken har man alltmer börjat acceptera hänvisningar till parternas sociala och ekonomiska ställning som argument vid lösningen av (bl. a.) kontraktsrättsliga problem.⁵⁰ Dock hävdar man i regel fortfarande, att sådana synpunkter får beaktas endast in abstracto, i fall, där det typiskt sett föreligger en bestämd parts-konstellation i ett rättsförhållande; däremot skulle man inte in casu kunna fästa avseende vid sådana omständigheter.⁵¹ Det är dock ingalunda självklart, att man obetingat måste godta en sådan begränsning; det förefaller t.ex. uppenbart, att man vid användningen av de kontraktsrättsliga generalklausulerna, som uttryckligen skall tillämpas på grundval av en värdering av omständigheterna in casu, kan (och bör) beakta också uppgifter om de konkreta parternas ekonomiska ställning och utbildning m.m.

I en rättsdogmatisk undersökning kan det av praktiska skäl likväl vara ändamålsenligt att operera med en schematisk bild av verkligheten. I den föreliggande framställningen bygger därför argumentationen i regel på den bild av förhållandet mellan förmedlare och kund som med hänsyn till antalet fall uppenbart är den dominerande: på ena sidan i rättsförhållandet står en ekonomiskt bärkraftig och sakkunnig näringsidkare — redan de bankanknutna förmedlingsbolagen innehar ju hälften av marknaden av

⁵⁰ Se härom *Wilhelmsson* 1977, 21.

⁵¹ Se särskilt t.ex. *Aarnio* 1978, 216 ff.

i dag — medan hans motpart är en enskild bostadsköpare eller -säljare utan särskild sakkunskap på området. P.g.a. denna typisering av argumentationen får de tolkningsrekommendationer som görs i det föreliggande arbetet inte uppfattas alltför absolut. Särskilt vid bedömningen av spörsmålet, hur de kontraktsrättsliga generalklausulerna skall tillämpas, kan en argumentation på basen av det angivna schemat väga tämligen lätt, ifall »partsbalansen» inte motsvarar detta schema.

§ 3. RÄTTSREGLERNA ANGÅENDE FASTIGHETSFÖRMEDLING

3.1. FFF

3.1.1. Den kontraktsrättsliga relevansen av FFF

Som tidigare nämnts, är fastighetsförmedlingen hos oss en näring, som är underkastad särskild reglering. Redan år 1945 gavs med stöd av NäringsL en förordning angående fastighetsförmedlare (538/1945), som sedermera ersattes av F om fastighetsförmedlare av år 1968 (FFF).

År 1977 tillsatte handels- och industriministeriet en arbetsgrupp som bl.a. gavs till uppgift att utarbeta ett förslag till ändring av FFF. Arbetsgruppen avgav sitt förslag till ny F om fastighetsförmedlare (FFFörsI) den 10. maj 1978.¹ Förslaget innehåller vissa betydelsefulla nyheter, som omnämns nedan i respektive sammanhang. De delar av förordningen som är relevanta för den föreliggande framställningen, har dock i stort sett bevarats oförändrade, om ock paragrafnumreringen förskjutits. I fortsättningen omtalas de föreslagna förändringarna i notapparaten.

FFF innehåller dels detaljerade regler om rätten att idka fastighetsförmedling och om tillsynen av fastighetsförmedlingsrörelserna, vilka i huvuddrag har återgivits ovan i § 2, dels ingående föreskrifter om det sätt på vilket rörelsen skall bedrivas (FFF kap. 4). Här förekommer bl.a. stadganden om formen för uppdragsavtalet, om

¹ *Muistio* 1978.

provisionens storlek, om förmedlarens fullmakt och om förmedlarens skyldigheter gentemot avtalsparterna. Brott mot dessa regler kan, som tidigare nämnts, leda till bötesstraff samt till varning, till tillfälligt förbud mot bedrivande av rörelsen eller till återkallande av näringsstillstånd; däremot anger man inte i FFF, vilka civilrättsliga verkningar de nämnda stadgandena kan ha. Skall reglerna i FFF endast ha straff- och näringsrättsliga påföljder eller skall de också inverka på den kontraktsrättsliga bedömningen av avtal om fastighetsförmedling? Skall eventuella civilrättsliga påföljder i så fall betraktas som tvingande eller dispositiva?

I Danmark har man stått inför ett motsvarande problem: vilken civilrättslig verkan skulle man tillerkänna bekendtgørelsen av år 1955 om ejendomsrådgiveres og ejendomshandlers virksomhed,² vilken givits med stöd av näringsloven § 85 e, som gav handelsministern rätt att utfärda närmare regler bl.a. om utövningen av fastighetsförmedlares verksamhet? I allmänhet syns man ha utgått från, att de regler om fastighetsförmedlarens plikter, som ingått i bekendtgørelsen, skulle ha såväl offentlighetsrättsliga som civilrättsliga verkningar: i rättspraxis har brott mot reglerna kunnat leda såväl till bortfall av rätt till provision som till skadeståndsskyldighet.³ Dock syns man inte ha varit helt enig om, att alla regler i bekendtgørelsen skulle ha civilrättslig verkan: sålunda har *Frost* framhållit, att regeln om provisionskravet vid byte i bekendtgørelsen § 12.1 inte »når henses til bestemmelsens lovhjemmel» kunde medföra någon ändring i de regler om förutsättningarna för uppnående av provision som tidigare ansetts gälla i dansk rätt.⁴

Det förefaller också uppenbart, att man inte heller i finsk rätt bör utgå från, att frågan om de civilrättsliga verkningarna av FFF måste erhålla ett enhetligt svar. Vissa regler i FFF är av den karaktären, att de närmast kan tänkas vara av betydelse vid bedöm-

² Lagstiftningen på området är numera förnyad, se ovan § 1 not 3.

³ Se *Frost* 1964, 69 ff.

⁴ *Frost* 1964, 46 f.

ningen av uppdragsavtalets giltighet (FFF § 16),⁵ vissa kan eventuellt antas begränsa avtalsfriheten beträffande storleken av det vederlag som skall tillkomma förmedlaren (FFF § 24)⁶ och andra kan slutligen vara av betydelse vid bedömningen av förmedlarens kontraktsrättsliga förpliktelser gentemot avtalsparterna. Då redan de tänkbara civilrättsliga påföljderna vid brott mot olika bestämmelser i FFF delvis är olika, förefaller det inte meningsfullt att på ett generellt plan i detalj diskutera frågan om den kontraktsrättsliga relevansen hos FFF. I detta sammanhang är det tillräckligt att konstatera, att ingenting talar för att helt frångå FFF värde som argument vid bestämningen av förmedlarens och avtalsparternas kontraktsrättsliga positioner. Preciseringsen av, vilken rättslig betydelse FFF har i förhållandet mellan förmedlaren och avtalsparterna, måste däremot äga rum särskilt för varje regel i FFF. Problematiken kommer därför i fortsättningen att beröras i de sammanhang, där det kan tänkas bli aktuellt att tillämpa någon sådan regel.

Inte blott de enskilda reglerna i FFF kan vara av betydelse vid den kontraktsrättsliga argumenteringen kring avtalet om fastighetsförmedling. Man kan nämligen också hävda, att FFF ger uttryck för en generell princip, som bör beaktas även i sådana sammanhang, där något enskilt stadgande inte kan åberopas: strävan att skydda förmedlarens kunder mot missbruk från förmedlarens sida.⁷ En sådan skyddsprincip, som ju också bär upp den på flertalet avtal om fastighetsförmedling tillämpliga konsumentskyddslagstiftningen, syns därtill vara välgrundad även med hänsyn till den schematiska bild av partsförhållandena i branschen som tidigare angivits bilda en utgångspunkt för argumentationen i det föreliggande arbetet.⁸

⁵ FFFörsl § 20.

⁶ FFFörsl § 27.

⁷ Ett av syftena med utvecklingen av FFF har just varit att i högre grad trygga kunden i förhållande till förmedlaren, se t.ex. *Kom.miet.* 1964: B 36, 21. Se även *Erme* 1978, B/3.

⁸ Se ovan s. 25 f.

3.1.2. Tillämpningen av FFF på bankernas förmedling

Som tidigare framgått, är FFF i princip inte tillämplig på sådan fastighetsförmedling som direkt idkas av banker⁹ (däremot är ju de bankanknutna fastighetsförmedlingsbolagen naturligtvis underkastade bestämmelserna i FFF). Detta bör dock inte medföra, att den kontraktsrättsliga bedömningen av den fastighetsförmedling som bedrivs av bankerna skall avvika från bedömningen av den verksamhet som de auktoriserade fastighetsförmedlarna idkar; man har knappast velat uppnå en sådan konsekvens genom att reglera bankrörelse och fastighetsförmedlingsrörelse i skilda författningar. Kundens ställning bör inte försämrats av den anledningen att förmedlingen utförs av en bank som i hans ögon framstår som lika professionell som en auktoriserad fastighetsförmedlare. Det kan också nämnas, att bankinspektionen uttryckligen förordnat, att de bestämmelser i FFF som kan betraktas som principiella och väsentliga för fastighetsförmedlingen i tillämpliga delar skall följas vid fastighetsförmedling som utförs av banker.¹⁰ I den mån reglerna i FFF i fortsättningen befinns ha kontraktsrättsliga verkningar, kan man därför anta, att dessa verkningar sträcker sig också till den fastighetsförmedlingsverksamhet som bedrivs direkt av bankerna.

3.2. KONSUMENTSKYDDSLAGSTIFTNINGEN

3.2.1. Konsumentskyddslagstiftningens tillämplighet vid fastighetsförmedling

3.2.1.1. Relationen fastighetsförmedlare/uppdragsgivare

Konsumentskyddslagstiftningen berör utbud av konsumtionsnyttigheter från näringsidkare till konsumenter (KSL 1:1); med

⁹ Se även *Kom.miet.* 1964: B 36, 27 f.

¹⁰ Se *van Aershot* 1978, 331.

konsumtionsnyttighet avses härvid »sådana varor eller tjänster, som utbjudes eller i väsentlig omfattning användes för enskild konsumtion» (KSL 1:3). Vid tolkningen av denna legaldefinition skall begreppet enskild konsumtion uppenbarligen uppfattas tämligen vidsträckt; man förefaller nämligen att med hjälp av detta begrepp blott ha velat utsäga, att lagstiftningen inte omfattar varor eller tjänster som används i samband med näringsverksamhet.¹¹ Enligt propositionen till KSL kan också många olika slag av konsumtions-tjänster falla inom lagens tillämpningsområde: bl.a. nämns »konsulttjänster och annan motsvarande verksamhet».¹² Det kan därför knappast råda något tvivel om, att de tjänster fastighetsförmedlarna bjuder ut åt icke-näringsidkare skall omfattas av stadgandena i konsumentskyddslagen.¹³ Detta innebär bl.a., att avtalsvillkoren i *uppdragsavtalen* kan angripas av KO och MD med stöd av stadgandena i KSL kap. 3 samt att domstol i tvist mellan fastighetsförmedlare och uppdragsgivare/konsument kan jämka de nämnda villkoren under åberopande av generalklausulen i KSL 4:1.¹⁴ Den speciella forumregeln i KSL 7:1 kan likaledes bli tillämplig vid en tvist mellan fastighetsförmedlaren och uppdragsgivaren. Slutligen kan uppdragsgivaren utnyttja den kommunala konsumentrådgivningen enligt L om anordnande av konsumentrådgivning i kommun (39/1978) samt rikta klagomål till konsumentklagonämnden enligt KknL. I alla dessa fall förutsätter givetvis tillämpningen av konsumentskyddslagstiftningen att uppdragsgivaren kan sägas ha givit uppdraget i egenskap av konsument.

¹¹ *Se Reg.prop. 8/1977, 15.*

¹² *Ibid.*

¹³ Så även Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala 1978, 26. — I Muistio 1978, 16 f. begagnar man försiktigare formuleringar i det man framhåller att stadgandena i KSL torde kunna tillämpas; det slutgiltiga svaret på frågan skulle erhållas först genom praxis. — Det kan i detta sammanhang nämnas, att konsumentklagonämnden ansett sig ha kompetens att behandla klagomål rörande advokats tjänster.

¹⁴ Här och i fortsättningen bortses från reglerna om marknadsföring i KSL kap. 2, vilka inte direkt påverkar avtalsförhållandet mellan parterna.

3.2.1.2. Relationen fastighetsförmedlare/motpart

Frågan, i vilken mån motparten i det förmedlade avtalet kan stöda sig på konsumentskyddslagstiftningen, ter sig mer problematisk. Motparten befinner sig nämligen i två olika avseenden i en sådan position, att vissa delar av den nämnda lagstiftningen kunde tänkas vara tillämpliga i förhållande till honom. Dels kunde man hävda, att motparten i de till antalet dominerande fall, där han utgör *förvärvare av egendom*, i denna egenskap kunde stöda sig på vissa av reglerna i konsumentskyddslagstiftningen, och dels kan man göra gällande, att också motparten anlitar förmedlarens *tjänster* och därför bör kunna åtnjuta det skydd konsumentskyddslagstiftningen erbjuder — i vartdera fallet naturligtvis under förutsättning att han handlar i egenskap av konsument. I det följande belyses de båda nyssnämnda problemställningarna särskilt.

(i) I KSL 1:1 stadgas bl.a.: »Lagen tillämpas även då näringsidkare förmedlar nyttigheter till konsumenter». I regeringens proposition ger man följande motivering till detta stadgande:

»Även om näringsidkare meddelar, att han handlar för enskild huvudmans räkning, har han vanligen möjligheter att påverka avtalets ingående och innehåll på samma sätt som om han skulle handla för egen räkning. Därför har det ansetts befogat, att utsträcka lagens tillämpningsområde till att även gälla fall, där näringsidkare handlar som förmedlare för en enskild persons räkning.»¹⁵

På grundval av regeln i KSL 1:1 kunde man uppenbarligen argumentera för, att t.ex. köparen av en bostadsaktie, som förmedlas av en fastighetsförmedlare, borde kunna åberopa det skydd konsumentskyddslagstiftningen bjuder *förvärvare av egendom*. Detta skulle bl.a. innebära, att villkoren i själva överlåtelseavtalet (köpebrevet) kunde regleras enligt KSL kap. 3 och jämkas enligt KSL kap. 4; köparen skulle också kunna åberopa reglerna om säljarens ansvar i KSL kap. 5. Dessa ansvarsregler skulle förmodligen

¹⁵ Reg.prop. 8/1977, 14.

huvudsakligen kunna göras gällande blott mot säljaren (= uppdragsgivaren) och inte mot förmedlaren,¹⁶ några *klara* direktiv för, hur KSL skall tillämpas i de situationer som avses i den ovannämnda satsen i KSL 1:1, ges inte i lagen.

De ovan uppskisserade tillämpningsmöjligheterna syns likväl vara uteslutna på fastighetsförmedlingens område p.g.a. den begränsning av konsumentskyddslagstiftningens tillämpningsområde som kan utläsas ur KSL 1:3: lagstiftningen skall enligt detta lagrum blott avse omsättning av »varor och tjänster». I det första betänkande från lagberedningen som bildat grunden för arbetet på KSL och därtill anslutna lagar, uttalades uttryckligen, att begreppet vara avser lösöre, varför överlåtelse av fast egendom och värdepapper skulle falla utanför lagstiftningens tillämpningsområde.¹⁷ Bostadsaktieköparens skydd skulle därför också utredas separat, »så att erforderliga åtgärder kan vidtagas samtidigt med att konsumentskyddslagen ges».¹⁸ Några sådana åtgärder har tillsvidare inte vidtagits. Likväl uttalar man i regeringens proposition med förslag till konsumentskyddslagstiftning åter helt allmänt, att »konsumentskyddet vid exempelvis anskaffning av bostäder ... faller delvis utanför regleringen.»¹⁹ Man förefaller sålunda fortsättningsvis genom att i lagtexten begagna begreppet »varor» ha velat utesluta de nyss omtalade rättshandlingarna från konsumentskyddslagstiftningens tillämpningsområde.²⁰ I sin egenskap av förvärvare av egendom skall därför motparten i det avtal som förmedlas knappast åtnjuta något konsumentskydd vare sig gentemot förmedlaren eller mot överlåtaren av egendomen. Denna lösning förefaller riktig också i de fall, där förmedlingen gäller ett legoavtal; ett legoavtal kan knappast betraktas som en i KSL 1:3 avsedd tjänst.

¹⁶ Se Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala 1978, 31.

¹⁷ LJP 12/1974, 19 f.

¹⁸ LJP 12/1974, 20.

¹⁹ Reg.prop. 8/1977, 5.

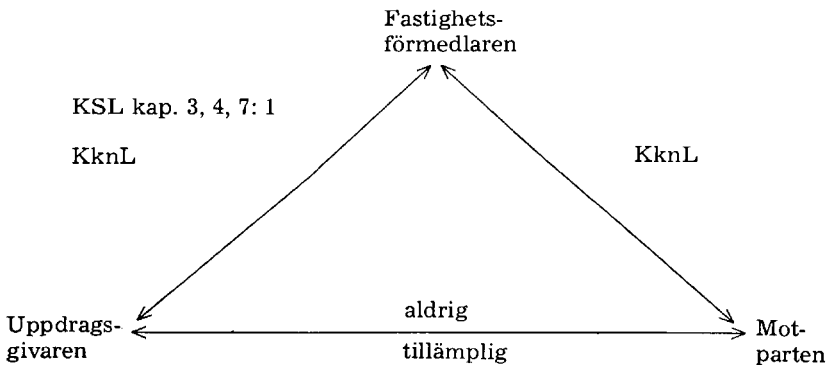
²⁰ Så även Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala 1978, 26 (fastighet) och 27 (aktier), Sevón 1978, 15 samt Kemppinen 1978, 1:3.

(ii) Man kan också tänka sig, att motparten i det förmedlade avtalet i likhet med uppdragsgivaren i sin egenskap av konsument av förmedlarens *tjänster* kan åberopa konsumentskyddslagstiftningen gentemot förmedlaren. Härvid är det emellertid skäl att notera, att de regler i KSL som berör rättsförhållandet mellan näringsidkare och tjänstekonsument — KSL kap. 3 och 4 — berör reglering och jämkning av avtalsvillkor; då det normalt inte uppgörs något avtal mellan förmedlaren och motparten är dessa regler inte av intresse i denna relation. Detta gör det också tveksamt, huruvida motparten kan åberopa forumregeln i KSL 7:1, som ju blott gäller tvistemål mellan konsument och näringsidkare, »som drives *med stöd av stadgandena i denna lag*» (KSL). Däremot syns det inte finnas några skäl som talar mot att motparten skulle medges rätt att rikta klagomål mot förmedlaren inför konsumentklagonämnden. Den vida definition av nämndens kompetens som givits i KknL § 1 utesluter nämligen inte, att motparten, som inte står i något egentligt avtalsförhållande till förmedlaren, begär ett utlåtande av nämnden, då han exempelvis vill rikta ett skadeståndskrav mot en vårdslös förmedlare. I KknL § 1 sägs blott, att nämnden har att avge rekommendationer och utlåtanden rörande klagomål, »vilka framställs av konsumenter i enskilda ärenden angående kvaliteten hos sådana i konsumentskyddslagen (38/78) avsedda konsumtionsnyttigheter som de anskaffat eller angående näringsidkares prestation».²¹ Som senare skall framgå (§§ 10—13), befinner sig uppdragsgivaren och motparten i en tämligen likartad skadeståndsrättslig position i förhållande till förmedlaren; det vore därför föga rationellt att låta konsumentklagonämnden behandla blott uppdragsgivarens men inte motpartens klagomål mot förmedlaren, vilka framställts i syfte att erhålla ersättning.

²¹ Jfr även *Sevón* 1978, 25 och *Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala* 1978, 37, där man i anslutning till en annan fråga framhåller, att uttrycket »näringsidkares prestation» utvidgar konsumentklagonämndens kompetens utöver tillämpningsområdet för KSL.

3.2.1.3. Sammanfattning

Under förutsättning att uppdragsgivaren respektive motparten agerar i egenskap av konsument bör de kunna åberopa vissa av reglerna i konsumentskyddslagstiftningen gentemot fastighetsförmedlaren. Tillämpligheten av de olika reglerna kan sammanfattas i följande figur:



3.2.2. Vem är konsument?

Som redan nämnts, skyddar konsumentskyddslagstiftningen ingalunda alla förmedlarens kunder. Lagstiftningen berör blott sådana uppdragsgivare eller motparter som agerar i egenskap av konsumenter. Frågan om konsumentskyddslagstiftningens tillämplighet i detta hänseende måste uppenbarligen avgöras särskilt i förhållande till vardera parten i det avtal som förmedlas. Om en näringsidkare inom ramen för sin verksamhet med bistånd av en förmedlare säljer en fastighet till en person, som avser att utnyttja fastigheten för bostadsändamål, är det givet att förhållandet mellan näringsidkaren och förmedlaren inte är underkastat konsumentskyddslagstiftningens regler; detta hindrar inte, att köparen med

stöd av KknL kan framställa klagomål mot förmedlaren inför konsumentklagonämnden, då han ju i egenskap av konsument blivit delaktig av förmedlarens tjänster.

KSL 1:4 ger följande definition på konsument:

»Såsom konsument betraktas i denna lag person, som anskaffar konsumtionsnyttigheter huvudsakligen för sitt personliga bruk eller för att användas i hans privata hushåll.»

Enligt detta omfattar konsumentskyddslagstiftningen exempelvis inte rättshandlingar, som småföretagare och fria yrkesutövare företar inom ramen för sin näring.²² När läkare, tandläkare eller advokater anskaffar nyttigheter för sin yrkesutövning — t.ex. anlitar en fastighetsförmedlares tjänster i syfte att anskaffa mottagningslokaliteter eller kontor — agerar de sålunda inte i egenskap av konsumenter.²³ Anskaffning av nyttigheter för lantbruksrörelse underlyder likaledes inte konsumentskyddslagstiftningens bestämmelser.²⁴ — Vid tolkningen av bestämmelsen i KSL 1:4 skall man å andra sidan ge uttrycket personligt bruk en vidsträckt innebörd. Den som inte anskaffar nyttigheter i egenskap av näringsidkare, skall anses anskaffa dem såsom konsument:

»En person som skaffar sig arbetsredskap för sådan uppgift, vilken inte kan betecknas som näring, skulle alltid betraktas såsom konsument».²⁵

Om nyttigheterna begagnas såväl i som utanför en rörelse skall slutligen deras huvudsakliga användningssyfte vara avgörande för klassificeringen av förvärvaren såsom näringsidkare eller konsument:

²² *Reg.prop.* 8/1977, 14, *LJP* 12/1974, 25.

²³ *LJP* 12/1974, 25.

²⁴ *Reg.prop.* 8/1977, 15.

²⁵ *Ibid.*

»Trots att konsumtionsnyttighet delvis även begagnas i näringsverksamhet, skulle person som anskaffat den kunna betraktas såsom konsument under förutsättning, att nyttighetens huvudsakliga användningsändamål är ett annat. Den som idkar lantbruk skulle till exempel vanligtvis betraktas såsom konsument vid anskaffande av arbetsredskap som används också utanför lantbruket.»²⁶

Definitionen i KSL 1: 4 ger vid handen, att tillämpningen av konsumentskyddslagstiftningen i princip inte är bunden vid någon speciell avgränsad grupp av individer; det avgörande kriteriet är, *i vilken egenskap* individen handlar. Också en företagare kan åberopa konsumentskyddslagstiftningen, när han anskaffar konsumtionsnyttigheter för sitt personliga bruk eller för sitt privata hushåll. Spörsmålet, huruvida konsumentskyddslagstiftningen skall tillämpas i förhållandet mellan förmedlare och avtalspart, kan därför inte besvaras enbart med hjälp av en klassificering av den ifrågavarande avtalsparten. Den utslagsgivande bedömningsgrunden är det syfte, i vilket parten anlitar förmedlarens tjänster. Bedömningen av denna fråga är åter avhängig av *syftet med den rättshandling fastighetsförmedlaren skall få till stånd*.

Den avtalspart som uppträder som *köpare* (legotagare) av egendom bör sålunda antas uppträda i egenskap av konsument, ifall han förvärvar egendomen för att utnyttja den som bostad för sig och sin familj. Likaså är det uppenbart, att han i egenskap av konsument utnyttjar förmedlarens tjänster, när han via denne åt sig och sin familj förvärvar en semesterbostad. Anskaffning av ytterligare bostäder exempelvis åt barn, som inte bor hemma, kan heller knappast klassificeras som sådan näringsverksamhet, att de förmedlingstjänster som utnyttjas i samband härmed inte borde vara underkastade konsumentskyddslagstiftningen. Förvärvar fastighetsförmedlarens kund egendom för en rörelses räkning eller i syfte att idka näringsverksamhet på egendomen är det å andra sidan klart, att konsumentskyddslagstiftningen inte kan tillämpas. Detta

²⁶ Ibid. — Se även Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala 1978, 32 och Sevón 1978, 21 f.

gäller, som tidigare nämnts, i princip också för lantbruksrörelse: en person, som förvärvar en lantbruksegendom i syfte att utnyttja egendomen som sådan, skall inte klassificeras som konsument. Om han också avser att begagna fastigheten såsom bostad är klassificeringsproblemet likväl inte så lättlost: i detta fall borde enligt vad som ovan sagts det huvudsakliga användningssyftet för fastigheten i princip vara avgörande vid bedömningen. Vid förvärv av mindre småbruk är det därför inte otänkbart att förmedlarens insatser kan falla innanför konsumentskyddslagstiftningens tillämpningsområde.

Den avtalspart som uppträder som *säljare* (legogivare) kan åter i regel sägas handla i egenskap av konsument, då han överlåter egendom, som han innehar såsom privatperson, medan han vid överlåtelse av egendom, som tillhör en rörelse, inte kan stöda sig på konsumentskyddslagstiftningens bestämmelser gentemot den som förmedlat överlåtelsen. Denna självklara huvudregel kan likväl knappast godtas utan undantag; också här måste man fästa avseende vid syftet med överlåtelsen. Om t.ex. en lantbruksföretagare skall sälja sin fastighet i syfte att uppge sin näring och i stället inköpa en bostadslägenhet, förefaller det uppenbart, att ett uppdrag till en förmedlare att ombesörja försäljningen av lantbruksfastigheten bör falla inom konsumentskyddslagstiftningens tillämpningsområde. Resultatet av förmedlarens tjänster skall ju användas i kundens privata hushåll.

Ovan har angivits, att man vid avgränsningen av konsumentskyddslagstiftningens tillämpningsområde inte skall utgå från en gruppering av olika personer som sådana; lagarnas tillämpning är beroende av den egenskap i vilken ifrågavarande person företar den berörda rättshandlingen. Denna regel skall emellertid blott gälla för fysiska personer; i förarbetena till konsumentskyddslagstiftningen uttalar man uttryckligen, att lagens skyddsreglering inte omfattar *juridiska personer*,²⁷ oberoende av i vilket syfte dessa anskaffar nyttigheter. I regeringens proposition med förslag till

²⁷ Reg.prop. 8/1977, 15, LJP 12/1974, 25.

konsumentskyddslagstiftning vill man likväl inte helt utesluta möjligheten att analogt tillämpa lagstiftningen till skydd för juridiska personer; man överlåter dock avgörandet i denna fråga till rättspraxis. I propositionen nämns också ett par exempel på juridiska personer, beträffande vilka en sådan analog tillämpning kunde komma i fråga, nämligen bostadsaktiebolag och ideella föreningar.²⁸

3.2.3. Konsumentskyddslagstiftningens civilrättsliga betydelse

3.2.3.1. Inledning

Ovan har framgått, att vissa av de regler i konsumentskyddslagstiftningen, som kan tillämpas på fastighetsförmedlingens område, är närmast av processuell art: av denna typ är forumregeln i KSL 7:1 samt KknL. Dessa regler skall i fortsättningen inte vidare kommenteras. Det som sagts om tillämpningsområdet för forumregeln och reglerna om konsumentklagonämnden har bedömts vara tillräckligt i detta sammanhang.

Vidare har framgått, att uppdragsavtalets villkor kan regleras i enlighet med KSL kap. 3 och jämkas med stöd av KSL 4:1. En reglering av villkoren i uppdragsavtalen i enlighet med stadgandena i det förstnämnda kapitlet har inte direkta rättsliga följder för det enskilda kontraktsförhållandet mellan förmedlare och uppdragsgivare; riktlinjerna för hur en sådan reglering borde ske diskuteras därför närmare först i ett avslutande avsnitt (§ 14). Konsumentskyddslagstiftningen har sålunda påverkat innehållet i det föreliggande arbetets huvuddelar blott i det avseendet, att de vidgade möjligheterna att jämka avtal med konsumenter med stöd av KSL 4:1 här beaktats. I det följande anförs några allmänna synpunkter på tillämpningen av detta stadgande.

²⁸ *Reg.prop. 8/1977*, 15. En analog tillämpning i dessa fall förespråkas av Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala 1978, 31. Jfr dock Sevón 1978, 20 f. samt Kemppinen 1978, 1:4.

3.2.3.2. KSL 4:1

Jämningsregeln i KSL 4:1 har följande lydelse:

»Är pris, vilket grundar sig på avtal som avses i denna lag, oskäligt med hänsyn till konsumtionsnyttighetens kvalitet och den allmänna prisnivån, kan det jämkas. Är annat avtalsvillkor i sådant avtal oskäligt mot konsumenten, kan det jämkas eller lämnas utan avseende.

Har i 1 mom. avsett avtalsvillkor sådan betydelse för avtalsförhållandet, att det icke skäligen kan fordras att avtalet, sedan villkoret jämkats, förblir i kraft i övrigt oförändrat, kan avtalet även i annat hänseende jämkas om det icke helt skall förfalla.»

Denna regel har naturligtvis direkta civilrättsliga verkningar. Den kan alltid åberopas av uppdragsgivare/konsument i tvist mellan honom och fastighetsförmedlaren. Regeln omfattar såväl provisionens storlek som övriga villkor i uppdragsavtalet.

Befinns villkor i uppdragsavtalet oskäligt mot konsumenten kan det jämkas eller lämnas utan avseende. Jämkning kan ske såväl om villkoret som sådant är att betrakta som oskäligt som ifall det blott in casu leder till oskäligt resultat.²⁹ Vid en jämkning av avtalsvillkor med stöd av KSL 4:1 kan domstolen — enligt förarbetena till KSL — ta som utgångspunkt de dispositiva regler som gäller för ifrågavarande problem.³⁰ Den dispositiva rätten är av denna anledning inte utan betydelse i sådana fall, där uppdragsavtalet innehåller bestämmelser rörande den fråga, som är föremål för tvist. De dispositiva reglerna bör ha ett betydande argumentvärde, då krav på jämkning framställs. Det är likväl skäl att framhålla, att man inte avsett, att varje avvikelse från dispositiv rätt automatiskt skulle medföra jämkning av avtalet; de dispositiva reglerna skulle ju härigenom ges fullt tvingande karaktär. Då frågan om jämkning avgörs skall man sålunda inte blott jämföra

²⁹ Se även *Reg.prop.* 8/1977, 40.

³⁰ *Reg.prop.* 8/1977, 40, *LJP* 12/1974, 181. Se även *Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala* 1978, 117 och *Aro* 1978, 96.

det enskilda villkoret med motsvarande regel i dispositiv rätt, utan man har snarare att utföra en helhetsbedömning: ställer avtalet som helhet konsumenten i en betydligt mer oförmånlig ställning än den han skulle befinna sig i enligt dispositiva regler?

Vid tillämpningen av KSL 4:1 skall man dessutom beakta KO:s och MD:s praxis.³¹ Har ett liknande villkor i något annat avtal tidigare förbjudits, skall detta utgöra ett argument för en jämkning av det villkor som underkastats domstolens prövning. Detta argument vinner givetvis i styrka i den mån det ifrågavarande förbudet riktat sig mot ett villkor som utnyttjats inom samma bransch eller om det t.o.m. riktats just mot den fastighetsförmedlare som utgör part i tvisten. Inte ens i sistnämnda fall kan villkoret dock obetingat betraktas som ogiltigt. Såsom redan tidigare nämnts, har en reglering av avtalsvillkor enligt KSL kap. 3 i princip inte direkta civilrättsliga verkningar, utan den kan blott betraktas som ett (starkt) argument för jämkning vid tillämpningen av generalklausulen i KSL 4:1.³²

3.3. ÖVRIGA RÄTTSKÄLLOR

3.3.1. Allmänna civilrättsliga regler

Det är givet, att en tvist mellan fastighetsförmedlaren och avtalsparten stundom kan lösas redan på grundval av allmänna kontraktsrättsliga lagregler och principer. Exempelvis kan ockerregeln i AvtL § 31³³ och regeln om tro och heder i AvtL § 33³⁴ naturligtvis åberopas i fall, där part söker frigöra sig från bundenhet vid uppdragsavtalet. Standardavtalsrättsliga principer rörande tolkning och inkorporering av allmänna avtalsvillkor kan likaledes

³¹ *Reg.prop.* 8/1977, 40, *LJP* 12/1974, 181.

³² *Reg.prop.* 8/1977, 35, *LJP* 12/1974, 139. Se även Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala 1978, 121 f. och af Schultén 1978, 89.

³³ Se Saxén 1958, 57, Stenius 1947, 57 och HD 1939 II 386.

³⁴ Se även HD 1943 II 127. Fallet refereras nedan s. 105.

påverka bedömningen av giltigheten hos något villkor i uppdragsavtalet. Har uppdragsavtalets parter t.ex. gjort en muntlig överenskommelse som står i strid med de tryckta villkoren i uppdragsavtalet, äger det muntliga avtalet sålunda företräde.³⁵

Det är knappast skäl att i det föreliggande arbetet ta upp till behandling allmänna regler, som inte är specifika för bedömningen av avtal om fastighetsförmedling. Verkan av att part varit berusad bör exempelvis knappast behandlas på ett avvikande sätt inom det föreliggande området än inom många andra områden av kontraktsrätten.³⁶ Vissa allmänna kontraktsrättsliga principer, som är av betydelse vid argumenteringen kring de för fastighetsförmedlingen mer eller mindre speciella problemen, måste dock i någon utsträckning beröras här. Avsnittet om fastighetsförmedlarens skadeståndsansvar är t.ex. uppbyggt med utgångspunkt i allmänna principer för ersättning inom kontraktsförhållanden. Vid tolkningen av bestämmelser i uppdragsavtalen måste man likaledes beakta allmänna principer för tolkning av avtal — särskilt syns den standardavtalsrättsliga tolkningsmaximen *in dubio contra stipulatorem* stundom kunna åberopas. I fall, där KSL inte är tillämplig, kan det också bli aktuellt att argumentera för en jämkning av villkoren i uppdragsavtalet med stöd av den allmänna jämkningsregel som numera antas gälla inom kontraktsrätten på grundval av SBL § 8.³⁷

³⁵ Se HD 1924 d.ref. 11.

³⁶ Den i texten nämnda situationen berörs i rättsfallet ovan i not 34; uppdragsavtalet ansågs dock här efter omröstning vara giltigt, bl.a. emedan det inte visats att uppdragsgivaren hade varit i betydande grad berusad. Se härom även *Wilhelmsson* 1978, 60.

³⁷ Förutsättningarna för jämkning är i princip här strängare än i KSL 4:1; enligt SBL § 8 skall jämkning komma i fråga blott då tillämpningen av avtalsvillkor »uppenbarligen» är »stridande mot gott affärsskick eller eljest otillbörlig». — Att jämkning med stöd av SBL § 8 numera principiellt skall kunna äga rum också inom oreglerade områden av kontraktsrätten har fastslagits av HD genom rättsfallet HD 1974 II 16. Jfr dock kritiken mot läran om en allmän jämkningsregel hos *Norri* 1977, särsk. 139 ff. Denna kritik förefaller helt missriktad; då *Norri* diskuterar, huruvida en jämkningsregel »gäller» inom finsk kontraktsrätt, syns han nämligen im-

3.3.2. Mellanmansrätt

Förmedlaren (mäklaren) brukar hänföras till den vidsträckta grupp av personer, som i rättsligt avseende sammanförts under den gemensamma beteckningen *mellanmän*. Karakteristiskt för en mellanman är, att han medverkar till eller utför rättshandlingar för en annan persons, huvudmannens, räkning. Sysslomän med olika slag av fullmakt, handelsagenter och handelsresande samt kommissionärer och speditörer kan nämnas som exempel på andra sådana mellanmän. Mellanmansrätten är likväl inte något till innehållet enhetligt rättsområde; reglerna om de olika kategorierna av mellanmän skiljer sig traditionellt i många avseenden från varandra. Analogier från ett område av mellanmansrätten till ett annat måste därför dras med försiktighet. Den moderna och detaljerade lagstiftning om en mellanmansgrupp, handelsrepresentanterna, som givits genom HRL, utgör exempelvis inte något särskilt tungt vägande argument på mäklarrättens område. Då rättspraxis och doktrin i många frågor tidigare gått i olika riktning inom de båda nämnda områdena av mellanmansrätten, kan man inte utan vidare anta, att en lagstiftning på ett av områdena innehåller lämpliga lösningar på problemen inom det andra.

Tillämpningsområdet för vissa uppsättningar mellanmansrättsliga regler är likväl inte bundet till någon bestämd kategori av mellanmän. Dessa regler kan därför bli tillämpliga också i sam-

plicit bygga på en syn på domstolsavgörandet, som står nära doktrinen om det enda rätta avgörandet. I stället för att ställa spørgsmålet, huruvida jämkningsregeln »gäller» bör man blott fråga, huruvida en hänvisning till en jämkningsregel numera är ett gångbart argument vid justifieringen av ett domslut, genom vilket man i något avseende åsidosätter avtalsvillkor. Att utsäga detta har uppenbarligen varit avsikten med motiveringen i HD 1974 II 16. Det faktum, att avgörandet i andra avseenden kan kritiseras, minskar inte heller dess prejudikatvärde i förstnämnda hänseende, jfr Norri 1977, 142, där han uppenbarligen ger en alltför vidsträckt bärkraft åt satsen »väärä Korkeimman oikeuden ratkaisu ei muodosta prejudikaattia».

band med fastighetsförmedling. Reglerna om fullmakt i AvtL är av denna typ; AvtL kap. 2 kan uppenbarligen åberopas vid bedömningen av rättshandlingar som företas av behörigen befullmäktigad förmedlare.³⁸ De allmänna stadgandena om sysslomän i HB kap. 18 anses också i princip vara tillämpliga på förmedlarna;³⁹ en annan sak är, att dessa föråldrade stadganden inte kan ge någon betydande vägledning åt den som skall lösa tvister som i dag kan bli aktuella på förmedlingsverksamhetens område.

3.3.3. Handelsbruk och god fastighetsförmedlarsed

Då en kontraktsrättslig lagstiftning om förmedlingsavtalet inte föreligger i finsk rätt, måste huvuddelen av de spörsmål som kan aktualiseras vid bedömningen av detta avtal besvaras med hjälp av andra rättskällor än lag; framför allt utgör en riklig rättspraxis här en betydande rättskälla. Ofta kan också en hänvisning till handelsbruk och rådande uppfattningar om god sed inom fastighetsförmedlarbranschen tjäna som argument för någon rättslig lösning.

Betydelsen av att förmedlarna följer god affärssed betonas också i FFF. I FFF § 21.1. framhålls uttryckligen, att förmedlare är skyldig att bevaka avtalsparternas intressen i enlighet med vad god affärssed kräver.⁴⁰ I det nyligen framlagda förslaget till revision av FFF ingår vidare en regel (FFFörs. § 36.1), enligt vilken förmedlarens brott mot god fastighetsförmedlarsed skulle berättiga näringsstyrelsen att tillgripa de näringsrättsliga sanktionerna varning, tillfälligt förbud mot utövning av näring samt återkallelse av näringstillstånd. I motiven till denna regel framhåller man, att

³⁸ Se även Tiberger 1977, 101.

³⁹ Se t.ex. Chydenius 1925, 344, Hiekkaranta 1969, 16 f., Saxén 1958, 2 f. samt Erme 1978, B/8. Jfr även Hasselrot 1903, 1277. I Finlands Lag har ett antal rättsfall rörande förmedlares arvode refererats under HB 18:5.

⁴⁰ I motsvarande regel i FFFörs. § 25.1 har »god affärssed» ersatts med »god fastighetsförmedlarsed».

tolkningen av innehållet i uttrycket god fastighetsförmedlarsed i praktiken kan vara svårt; vid tolkningen skulle man i första hand ha att beakta fastighetsförmedlarnas allmänna förfaringssätt och värderingar. Med god fastighetsförmedlarsed avses ett sådant förfarande, som iakttas av en samvetsgrann och hederlig fastighetsförmedlare och som allmänt godtas av hans konkurrenter och kunder.⁴¹

Reglerna i FFF reglerar som nämnt inte det kontraktsrättsliga förhållandet mellan förmedlare och avtalspart. En hänvisning till handelsbruk och till de uppfattningar om god sed som är rådande inom branschen kan uppenbarligen inte på detta kontraktsrättsliga plan i alla lägen betraktas som något avgörande argument. Då fastighetsförmedlarnas kundkrets till största delen består av privatpersoner kan man tvärtom ta för givet, att uppgifter av nyssnämnt slag i regel inte kan åberopas till nackdel för kunderna; däremot är det tänkbart, att man avgör en tolkningsfråga till de sistnämndas förmån med hänvisning till, att lösningen står i överensstämmelse med handelsbruk eller uppfattningarna om god sed inom branschen.

Vissa uppgifter om, hur man inom branschen uppfattar innehållet i begreppet god fastighetsförmedlarsed kan erhållas ur den *moralkodex* för fastighetsförmedlare, som fastställts av FFmf.⁴² Vidare har FFmf tillsatt ett utskott, som har till uppgift att avge utlåtanden bl. a. på grundval av klagomål rörande fastighetsförmedlares verksamhet (*lausuntovaliokunta*).⁴³ Utskottet, som behandlat ett tiotal fall årligen, ger också utlåtanden åt förmedlarnas

⁴¹ Muistio 1978, 57.

⁴² FFmf:s moralkodex finns publicerad t.ex. i KS 1/1975, 8 ff. Moralkodexen har här citerats i en på FFmf utförd inofficiell översättning till svenska.

⁴³ Utlåtandena har refererats under förkortningen *Utl.* jämte protokollets nummer och den paragraf under vilken ärendet behandlats. — Enligt FFmf:s moralkodex § 19 skall tvist mellan förmedlare och kund, som inte kan biläggas genom förlikning, alltid hänskjutas till behandling i förbundets arbetsutskott, som avger sin rekommendation till lösning efter att ha inhämtat utlåtande av det i texten nämnda utskottet.

ansvarsförsäkringsgivare i fall, där frågan om förmedlares skadeståndsansvar aktualiserats. Som redan ovan antytts, måste utlåtanden av detta branschens eget organ ha ett mycket varierande värde som rättskälla. Ett utlåtande, som är till kundens nackdel, kan i regel inte tillmätas någon betydande vikt vid den rättsliga argumentationen.⁴⁴ Utlåtanden i motsatt riktning borde däremot med större framgång kunna åberopas: om man också inom branschen anser en förmedlare ha förfarit felaktigt syns detta vara ett starkt argument för att man vid den rättsliga bedömningen skulle nå ett likadant resultat.

⁴⁴ Detta ställningstagande följer av den ovan anförda principen att handelsbruk i regel inte bör kunna åberopas till nackdel för förmedlarens kunder; det innehåller m.a.o. inget påstående att utlåtandena till sitt innehåll skulle vara tendentiösa.

II

FÖRMEDLINGSPROVISIONEN

§ 4. FÖRMEDLINGSPROVISIONENS STORLEK

4.1. ALLMÄN KARAKTERISTIK

Det vederlag förmedlaren erhåller för sitt arbete på att få till stånd ett avtal kallas *förmedlingsprovision*. I den form som förmedlingsprovisionen normalt förekommer i praxis företer den drag, som gör att den på ett markant sätt avviker från flertalet andra typer av vederlag för utfört arbete. Ett viktigt särdrag hos förmedlingsprovisionen är, att dess storlek i regel är relativt oavhängig av den mängd arbete förmedlaren presterat, då han utfört uppdraget. Provisionen beräknas oftast i procent av köpeskillingen; vid samma procentsats erhåller förmedlaren tiodubbelt större provision vid förmedlingen av en fastighet, som är värd 100.000 mk, än vid förmedlingen av en fastighet, vars värde uppgår blott till 10.000 mk, trots att han kanske nedlagt ett större arbete på att förmedla försäljningen av den sistnämnda fastigheten. Vid ett förmedlingsuppdrag kan förmedlaren erhålla en provision som mångdubbelt överstiger kostnader och skälig arbetslön, medan han i ett annat fall kanske inte ens får sina kostnader täckta; avsikten är naturligtvis att dessa växlingar skall utjämnas inom ramen för fastighetsförmedlarens totala verksamhet.

Den provision förmedlaren erhåller för de avtal han förmedlar skall inte blott täcka arbetet på att utföra dessa förmedlingsuppdrag utan även arbetet på de förmedlingsförsök som misslyckas. I regel följer man nämligen vid såväl fastighets- som annan förmedling principen *no cure no pay*: kommer något avtal inte till stånd skall förmedlaren överhuvudtaget inte erhålla någon provision. En

förmedlingsrörelses verksamhet omfattar till en icke obetydlig del sådant resultatlöst arbete: enligt en uppskattning från FFmf skulle i medeltal 20—30 % av de uppdrag en fastighetsförmedlare erhåller inte leda till något avtal.¹

I avtalspraxis är det inte ovanligt, att fastighetsförmedlare förbehåller sig rätt till en särskild *kostnadsersättning* i vissa fall. I denna framställning hänförs ersättningar av denna typ — i enlighet med det språkbruk som förefaller vanligt inom branschen — inte under begreppet provision, utan de betraktas som en särskild form av vederlag.

4.2. AVTALSPRAXIS

I förmedlingspraxis av i dag är systemet med *procentprovision* dominerande: förmedlarens vederlag uppgår till en på förhand bestämd procentuell andel av köpeskillingen i det avtal, som förmedlaren fått till stånd. Det ifrågavarande procenttalet fastslås i uppdragsavtalet mellan förmedlaren och uppdragsgivaren. I de tryckta eller duplicerade avtalsformulär som utnyttjats av förmedlarna har frågan om procentens storlek i regel lämnats öppen och uppgift härom införs särskilt i varje uppdragsavtal. Trots att denna fråga sålunda principiellt regleras med hjälp av en individuell bestämmelse i avtalet, är de procenttal som i praktiken utnyttjats relativt standardiserade. FFmf har också fastslagit rekommendationer rörande förmedlingsprovisionens storlek, vilka uppenbarligen i hög utsträckning följs av förbundets medlemmar.

Förbundet rekommenderar följande procenttal:

— vid förmedling av lägenheter inom Helsingfors ekonomiområde borde den lägsta provisionen vara 4 %, likväl inte lägre än 2000 mk. För övriga delar av landet anger man gränserna 3,5 % och 1500 mk;

¹ Ordf. i FFmf *Oiva Mäkeläinen* i Hbl 14. 3. 1978.

— vid förmedling av fastigheter inom Helsingfors ekonomiområde borde provisionen uppgå till 5 % vid en köpeskilling under 200 000 mk och 4 % för den del av köpeskillingen som överskrider nämnda gräns. För övriga delar av landet rekommenderas en lägsta provision på 3,5 %, likväl inte under 2000 mk;

— vid förmedling av rörelse inom Helsingfors ekonomiområde borde provisionen vara minst 5 %, likväl inte lägre än 3000 mk. För övriga delar av landet anges gränserna 5 % och 2000 mk.

— man kan särskilt avtala om, att ersättning för direkta kostnader för handlingar, annonser o.a. kan utgå i tillägg till provisionen.

Hos enstaka förmedlare kan man också påträffa en sådan variant av procentprovisionssystemet, att man anger två olika procenttal: ett, som skall tillämpas, ifall avtalsobjektet säljs för det pris uppdragsgivaren bestämt, och ett annat (högre), med vars hjälp man beräknar provisionen för den del av köpeskillingen, som överstiger det angivna priset. Denna beräkningsmetod utgör ett mellansteg mellan den rena procentprovisionen och den s.k. *överprisprovisionen*, som också stundom förekommer i praxis. Det sistnämnda sättet att beräkna provisionen bygger också på det pris uppdragsgivaren har betingat sig för avtalsobjektet: förmedlaren skall i provision erhålla antingen hela eller en betydande del av differensen mellan den köpeskilling som angivits i uppdraget och den köpeskilling som köparen de facto erlägger. — Provisionen kan slutligen naturligtvis redan i uppdragsavtalet fastställas till ett bestämt belopp.

Vid förmedling av legoavtal kan provisionen beräknas på olika sätt. Det förekommer bl.a. att man i uppdragsavtalet anger, att uppdragsgivaren som provision skall utge en summa som motsvarar arrendet (hyran) för en månad. Provisionen kan också bestämmas i procent av arrendet för en viss tid eller avtalas uppgå till ett bestämt belopp. Allmänt taget syns avtalspraxis rörande provisionens storlek vid förmedling av legoavtal vara långt mer heterogen än vid förmedling av köpavtal. FFmf har inte heller fastställt några rekommendationer på detta område.

4.3. JÄMKNING AV PROVISION²

4.3.1. Hur kan en jämkning justifiedas?

I FFF § 24.1 ingår följande stadgande om tillåten storlek hos provisionen vid avtal om fastighetsförmedling:

»Det arvode förmedlaren uppbär av uppdragsgivaren skall stå i skäligt förhållande till värdet av föremålet för köpet och det utförda arbetet».³

Detta stadgande i FFF förbjuder förmedlaren att uppbära en provision som framför allt med beaktande av köpeskillings storlek och det arbete som nedlagts på uppdraget kan anses oskäligt hög. Ifall förmedlaren bryter mot denna bestämmelse kan han drabbas av de straff- och näringsrättsliga sanktioner, som omtalas i FFF. Frågan, huruvida stadgandet också borde ges tvingande kontraktsrättslig verkan, så att det kunde åberopas som motivering för en jämkning av oskälig provision, ter sig däremot något mer problematisk. Man kunde å ena sidan hävda, att man knappast i förordningsväg, med stöd av NäringsL § 3, som blott anger att mäklaryrket skall vara underkastat »de villkor och bestämmelser, som äro eller framledes bliva meddelade i särskilda lagar och författningar», velat (eller ens kunnat) införa en begränsning av avtalsfriheten i civilrättsligt avseende beträffande den i varje avtal kanske mest centrala frågan, spörsmålet om vederlagets storlek. Å andra sidan talar alla reella skäl för att ge domstolarna en möjlighet att nedsätta en provision som ter sig oskäligt stor.

² Frågan, huruvida provision skall utgå och hur provisionen skall bestämmas, ifall avtal därom inte träffats, behandlas nedan i avsnitt 5.4.

³ Motsvarande regel ingår något omformulerad i FFFörsL § 27.1. Enligt detta förslag skall man vid bedömningen av provisionens skälighet *fästa särskild uppmärksamhet vid värdet av föremålet för köpet och det utförda arbetet*. Genom omformuleringen har man *expressis verbis* velat betona det tämligen självklara faktum att också andra omständigheter kan beaktas vid bedömningen, *Muistio 1978*, 52.

Någon mer vidlyftig argumentation kring problemet, huruvida ett krav på jämkning borde kunna grundas på FFF § 24.1, är i dag knappast nödvändig.⁴ Spörsmålet kan nämligen betraktas som tämligen akademiskt, åtminstone då provisionsdebitor uppträder i egenskap av konsument, då ju domstolarna numera i varje händelse har möjlighet att nedsätta oskäligt stora provisionskrav med stöd av generalklausulen i KSL 4:1. I detta stadgande fastslås uttryckligen, att pris, som är »oskäligt med hänsyn till konsumtionsnyttighetens kvalitet och den allmänna prisnivån», kan jämkas. I alla de fall inom tillämpningsområdet för KSL, i vilka man kunde argumentera för en jämkning av provisionen med stöd av FFF § 24.1, kunde man lika väl stöda samma argumentation på KSL 4:1. De båda stadgandena har visserligen en något olika lydelse, men de utgör båda så vagt formulerade generalklausuler, att deras språkliga form knappast har någon avgörande betydelse för deras tillämpning; domstolen fattar i varje händelse sitt beslut in casu utgående från den konkreta argumentation som förelagts den i ifrågavarande fall.

Utanför tillämpningsområdet för KSL är situationen något mer problematisk. Som tidigare nämnts, anses jämkning på grundval av SBL § 8 kunna äga rum också inom oreglerade områden av kontraktsrätten; å andra sidan framhåller man ofta i litteraturen, att jämkning av själva vederlaget eller priset i regel inte bör kunna äga rum med stöd av de kontraktsrättsliga generalklausulerna.⁵ Uttalanden i förarbetena till vissa nyare jämningsregler visar dock att man numera inte är beredd att strikt hålla fast vid denna princip;⁶ då därtill KSL 4:1 uttryckligen möjliggjort en jämkning av priset på konsumenträttens område, förefaller det omotiverat att argumentera för, att sådan jämkning aldrig borde få äga rum utan-

⁴ Se från tidigare t.ex. HD 10.9.1964/1739, där HovR utan motivering nedsatte en provision till skäligt belopp; RR och HD utdömde full provision.

⁵ Se allmänt t.ex. *Portin* 1974, 334, *LJP* 12/1974, 152 f. och *Reg.prop.* 8/1977, 38 samt *Wilhelmsson* 1977, 340.

⁶ Se särskilt *Reg.prop.* 55/1973, 1 f., där man uttryckligen framhåller: »Generalklausulerna kan i skilda lagar gälla även betalningsvillkoren i avtalen».

för detta område. Vid sådana avtal om fastighetsförmedling, där uppdragsgivaren inte uppträder i egenskap av konsument, borde alltså provisionen kunna nedsättas med stöd av den allmänna jämkningsregel som grundats på SBL § 8.⁷ Inte heller i dessa fall syns man därför vara tvungen att direkt stöda sig på regeln i FFF § 24.1; en annan sak är, att den sistnämnda regeln uppenbarligen utgör ett gott argument för en mer utbredd användning av jämkningsrätten.⁸ Genom en sådan användning av SBL § 8 kunde man också uppnå, att det inte uppkom omotiverade skillnader i bedömningen av provisionskravet vid uppdragsavtal med konsumenter respektive näringsidkare. Det är nämligen uppenbart, att ingreppen i avtalsfriheten borde öka gradvis i styrka, då man rör sig på en skala av uppdragsgivare från storföretaget i den ena ändpunkten mot den enskilde marginalkonsumenten i den andra. På denna skala borde avtal som ingåtts t.ex. av småbrukare eller vissa andra kategorier av småföretagare, materiellt snarare jämföras med konsumenternas än med storföretagens rättshandlingar, trots att KSL 4:1 formellt inte kan tillämpas på sådana avtal.

4.3.2. När skall jämkning ske?

Jämkning av provision skall ske med beaktande av omständigheterna in casu. Några fasta regler för avgörandet av frågan, hur

⁷ I mer extrema fall kunde givetvis även ockerregeln i AvtL § 31 tillämpas, ifall de stadgade förutsättningarna härför föreligger. Denna problematik behandlas inte närmare här, betr. rättsfall se ovan § 3 not 33.

⁸ Som ett argument för en vidsträckt användning av jämkningsrätten på förmedlingens område kan också nämnas det faktum, att man på ett närliggande gebit, advokatverksamhetens, uppställt en särskild regel om jämkning av arvode. I samband med de regler om skiljemannaförfarande vid tvist mellan advokat och utomstående som ingår i JustMb om fastställelse av stadgar för allmänna advokatföreningen (191/1959) stipuleras nämligen uttryckligen: »Avtal, som slutits om arvode eller ersättning åt förbundsmedlem för advokatuppdrag, må icke tillämpas, om det är uppenbart oskäligt» (§ 37; JustMb 502/1961).

och när jämkning skall verkställas, kan därför inte anges. Det förefaller likväl möjligt att dra upp vissa allmänna riktlinjer för bedömningen av provisionskravets skälighet.

Vid denna bedömning måste man naturligtvis beakta provisionsberäkningens speciella karakteristika. Man måste ta hänsyn till det faktum, att provisionsbeloppen i de enskilda avtalen inte avsetts vara fullständigt avhängiga av den mängd arbete och kostnader som nedlagts på respektive uppdrag. Man utgår ju tvärtom från, att växlingar i en på detta sätt definierad individuell avtalsbalans kan förekomma; dessa variationer skall utjämnas inom ramen för förmedlarens totala rörelse. Provisionerna för uppdrag som utförts skall därtill i regel bidra till att ersätta arbetet på sådana uppdrag som inte lett till något resultat. Detta innebär att skälighetsbedömningen inte bör äga rum blott i form av en jämförelse mellan provisionsbeloppet å ena sidan och det nedlagda arbetet och kostnaderna å den andra. En obalans på denna nivå innebär ännu inte, att den avtalade provisionen måste anses vara oskäligt hög. En hänvisning till mängden arbete och kostnader får naturligtvis å andra sidan inte fränkännas allt värde som argument, då man skall ta ställning till frågan om jämkning; i FFF § 24.1 anger man också uttryckligen, att detta är ett datum av betydelse vid värderingen av skäligheten hos ett provisionskrav. Ifall förmedlarens insats varit stor syns man lättare än annars kunna acceptera större överskridningar av en normal provisionsnivå; om uppdraget krävt en ytterst ringa insats av förmedlaren, kan det å andra sidan stundom te sig oskäligt att ens kräva ut en provision som följer gängse procenttaxa.

Det kriterium som alltså i första hand borde tas till utgångspunkt, då man avgör, huruvida jämkning skall ske, är den allmänna nivån på provisionerna vid fastighetsförmedling: i KSL 4:1 sägs uttryckligen, att pris kan jämkas, ifall det är »oskäligt med hänsyn till konsumtionsnyttighetens kvalitet och den allmänna prisnivån». Då den procentuella provisionsberäkningen är starkt dominerande vid fastighetsförmedling syns det därför också klart, att man i all-

mänhet bör utgå från en jämförelse av det betingade provisionsbeloppets procentuella andel av köpeskillingen med den provisionsprocent som är allmän vid förmedling av avtal av ifrågavarande slag. Detta synsätt har också kommit till uttryck i FFF § 24.1: arvodet skall ju enligt detta stadgande bl.a. »stå i skäligt förhållande till värdet av föremålet för köpet». En antydning om den gängse provisionsnivån, med vilken det aktuella provisionskravet skall jämföras, ger de rekommendationer av FFmf, som återgivits ovan i p. 4.2., trots att dessa i flertalet fall i princip endast anger en minimigräns för provisionen.

Det är i detta sammanhang skäl att påpeka, att envar avvikelse från gängse praxis inte gör ett jämningskrav berättigat: avvikelserna måste ofta vara av en viss omfattning för att provisionen skall kunna karakteriseras som »oskälig». Vid bedömningen av, hur stor avvikelse som är tillräcklig, skall man åter, som ovan angivits, bl.a. beakta, vilken mängd arbete och kostnader förmedlaren nedlagt på uppdraget.

Då man tar ställning till frågan, huruvida ett provisionskrav, som avviker från gängse nivå, skall betraktas som oskäligt, äger naturligtvis de allmänna uppfattningarna inom branschen rörande god sed i ifrågavarande situation ett visst argumentvärde. Ett provisionskrav, som av företrädare för branschen anses stå i strid med gott affärsskick, bör i regel kunna jämkas; som redan i tidigare sammanhang framhållits, syns däremot det faktum, att man på förmedlarhåll bedömt en viss provision som godtagbar, ingalunda utesluta en jämkning. Då man söker belysa möjligheterna att tillämpa jämningsreglerna med hjälp av utlåtanden från FFmf, är därför främst sådana utlåtanden av betydelse, i vilka man funnit förmedlarens provisionskrav vara alltför högt med hänsyn till god fastighetsförmedlarsed. I det följande refereras ett antal utlåtanden av denna karaktär.

I några av de fall, där FFmf haft att bedöma godtagbarheten av ett provisionskrav, har man på förhand avtalat att provisionen skulle uppgå till ett i uppdraget bestämt belopp:

Utl. 2/1974 § 4. I uppdragsavtalet, som rörde försäljning av en lantbrukslägenhet, hade man överenskommit om, att köpeskillingen skulle uppgå till 103 000 mk och förmedlarens provision till 10 000 mk. Då förmedlaren sedermera krävde detta provisionsbelopp, förde uppdragsgivaren ärendet till FFmf. I sitt svaromål till utskottet framhöll förmedlaren härvid, att provisionen kunde betraktas som skälig med beaktande av försäljningsobjektets avlägsna läge och svårigheterna att sälja det. Utskottet fann, att en skälig förmedlingsprovision också med beaktande av de nämnda omständigheterna inte borde få stiga över 6 % av köpeskillingen, varför det provisionsbelopp som krävdes inte överensstämde med gott affärsskick på fastighetsförmedlingens område.

Utl. 5/1974 § 4. Förmedlaren hade för förmedling av försäljningen av en fastighet, vid vilken köpeskillingen uppgick till 47 000 mk, uttagit en provision på 4 000 mk samt därutöver en mindre kostnadsersättning. Utskottet konstaterade, att den provision som FFmf fastställt för köp av detta slag är 4,5 % av köpeskillingen, likväl minst 2 000 mk. Om förmedlaren överskrider detta procenttal bör han visa, att objektet för uppdraget är svårare att sälja än vad som är vanligt eller att det föreligger något annat skäl, som ger anledning att kräva ut högre provision. Då detta inte visats i det föreliggande fallet, tilldelade utskottet förmedlaren en sträng varning och ålade honom att utan dröjsmål åt säljaren återbetala bl.a. den del av provisionen som översteg 2 000 mk.

Utl. 1/1976 § 8. En säljare hade gett förmedlaren i uppdrag att för en köpeskillning på 65 000 mk sälja en lägenhet; provisionen skulle enligt uppdraget uppgå till 10 000 mk. Uppdragsgivaren anförde klagomål till FFmf över provisionens storlek. I sitt svaromål framhöll förmedlaren, att det var fråga om ett s.k. svårt försäljningsobjekt: skogen var borthuggen från den ifrågavarande fastigheten och beträffande åkrarna hade man ingått ett s.k. åkerreserveringsavtal. Dessutom misstänkte förmedlaren bl.a. att säljaren erhållit svart köpeskillning av köparen, då säljaren inte gått med på att sälja fastigheten åt en annan av förmedlaren anvisad köpare, som bjudit 78 000 mk för den. Trots dessa invändningar fann utskottet, att provisionen ovillkorligen var oskäligt stor; man rekommenderade därför att förmedlaren skulle återbetala den del av provisionen som översteg 2 925 mk (4,5 %), ett belopp som i detta fall befanns vara skäligt.

Frågan, huruvida en avtalad provision kan anses godtagbar, uppstår också lätt i sådana fall, där förmedlaren betingat sig s.k. *överprisprovision*. Inom FFmf anser man, att redan användningen av denna form för provisionsberäkning som sådan står i strid med gott affärsskick inom branschen,⁹ och det ligger därför också nära till hands att tillgripa näringsrättsliga sanktioner mot förmedlare som betingar sig provision enligt detta system.¹⁰ Vid en civilrättslig jämkning av uppdragsavtalets provisionsklausul måste man där-
emot naturligtvis beakta, vilket provisionsbelopp — eller snarare vilken provisionsprocent — klausulens tillämpning in casu lett till. Från utskottspraxis kan nämnas ett utlåtande, i vilket man rekommenderar en nedsättning av provisionen i ett fall av föreliggande typ:

Utl. 1/1976 § 5. I ett uppdragsavtal angående försäljning av en lägenhet hade den köpeskillning som skulle tillfalla säljaren avtalats uppgå till 65 000 mk, medan provisionen skulle omfatta 100 % av den del av köpeskillingen som översteg nämnda gräns. Förmedlaren hade i handpeng av en spekulant, som sedermera drog sig tillbaka från köpet, erhållit 4 000 mk, vilket belopp han i enlighet med villkoren i uppdragsavtalet behållit som provision. Utskottet ansåg, att det överprisavtal som förmedlaren begagnat inte kunde anses överensstämma med god fastighetsförmedlarsed, varför provisionen i detta fall borde nedsättas till skäligbefunna 4,5 % av köpeskillingen eller 3 150 mk.

Stundom inträffar det, att en fastighetsförmedlare betingar sig provision av såväl köpare som säljare i det avtal som förmedlas. I ett sådant fall kan — enligt den ståndpunkt som företräds här,¹¹

⁹ Se Utl. 7/1973 § 4 och det nedan refererade Utl. 1/1976 § 5.

¹⁰ Detta syns i varje händelse vara möjligt enligt FFFörs. då man i § 36.1 intagit en uttrycklig förpliktelse för förmedlarna att iaktta god fastighetsförmedlarsed, se ovan p. 3.3.3. — När man i FFF § 16 (FFFörs. § 20) fastslagit, att uppdragsavtalet skall innehålla uppgift om förmedlarens arvode, har man knappast avsett att ta ställning till frågan om godtagbarheten av olika metoder för provisionsberäkningen, vilket stundom antas vara fallet.

¹¹ Se nedan s. 160 f.

vilken inte överensstämmer med det nedan refererade rättsfallet från Helsingfors HovR — en förmedlare, som för sin uppdragsgivare hemlighållit existensen av ett provisionslöfte från motpartens sida, helt gå miste om sin rätt till provision från den förstnämnda. Om förmedlaren inte förfarit på detta sätt, utan har rätt att göra vardera provisionsfordran gällande, skall man vid bedömningen av frågan om skäligheten hos någondera provisionskravet naturligtvis ta hänsyn till storleken av den provision som den andra avtalsparten skall prestera. Det sammanlagda beloppet av de provisioner som säljaren och köparen skall prestera får inte bli oskäligt högt.¹² Det nyssnämnda rättsfallet, som väckt viss uppmärksamhet på fastighetsförmedlarhåll,¹³ är i detta avseende belysande, trots att domstolarnas motiveringar för avgörandet inte förefaller helt klara. Man har nämligen inte explicit tillämpat någon jämningsregel i detta fall, men avgörandet syns åtminstone i dag mycket väl kunna motiveras just med hänvisning till en sådan princip:

Helsingfors HovR 30. 11. 1971/846. I ett uppdragsavtal 30. 9. 1967 hade ägaren till en tomt förbundit sig att till en förmedlare i förmedlingsprovision för tomten utge 2 % av den överenskomna köpeskillingen 105 000 mk. Då tomten 27. 2. 1968 sålts till en köpare som anskaffats av förmedlaren krävde förmedlaren avtalad provision 2 100 mk. RR fann utrett, att förmedlaren i månadsskiftet augusti—september 1967 av ett oljebolag fått i uppdrag att för bolaget inköpa bl.a. den aktuella tomten och att han härefter kontaktat tomtens ägare och uppgjort det förstnämnda uppdragsavtalet. Då förmedlaren sålunda haft en köpare för tomten redan innan detta uppdragsavtal uppgjordes och då syftet med detta uppdragsavtal endast varit att säkra det köp som avsågs i avtalet mellan förmedlaren och oljebolaget, ansåg RR, att det inte mellan förmedlaren och tomtägaren förelåg ett sådant verkligt uppdragsavtal, med stöd av vilket förmedlaren kunde kräva provision, och talan förkastades. HovR: emedan det mellan förmedlaren och tomtägaren måste anses ha förelegat ett sådant uppdragsavtal, med stöd av vilket förmedlaren, då man beaktade den provision på 1 000 mk

¹² Så även kommentaren till det nämnda rättsfallet i KS 3/1972, 10.

¹³ Fallet finns publicerat med kommentarer i KS 3/1972, 9 f.

han redan erhållit av oljebolaget, hade rätt att såsom skälig förmedlingsprovision erhålla 1 100 mk, förpliktades tomtägaren utge detta belopp. Avgörandet fattades efter omröstning (2—1), där minoriteten förkastade talan med hänvisning till AvtL § 33, emedan förmedlaren, då han uppgjorde uppdragsavtalet med tomtägaren, hemlighållit för denne, att han härvid fungerat som ombud för det nämnda oljebolaget.¹⁴

¹⁴ I samband med processen gav FFmf ett utlåtande, i vilket man ansåg förmedlaren vara berättigad att erhålla den provision han krävt, då det sammanlagda beloppet av de provisionskrav förmedlaren framställt inte överskred godtagbar taxa, som vid förmedlingsuppdrag av detta slag utgjorde 3—4 %. Utlåtandet finns publicerat i KS 3/1972, 10.

§ 5. UPPDRAG SOM FÖRUTSÄTTNING FÖR PROVISION

5.1. KOMPARATIV ÖVERSIKT

5.1.1. Inledning

Förmedlaren har till uppgift att sammanföra säljare och köpare (legogivare och legotagare) vid överlåtelse (utarrendering) av egendom. Förmedlarens tjänster kommer sålunda vardera avtalsparten till godo; som senare skall visas anses han ofta också vara skyldig att i viss utsträckning tillvarata vardera partens intressen. Det ligger därför nära till hands att fråga, huruvida också vardera avtalsparten i överensstämmelse härmed skall ansvara för provisionen eller om denna skyldighet skall åvälvas blott den ena av dem. Spörsmålet om kriterierna för fördelningen av provisionsbördan mellan avtalsparterna har också varit föremål för en tämligen ingående debatt i den nordiska rättslitteraturen. Man syns härvid ha nått fram till delvis olika lösningar i de olika nordiska länderna.

5.1.2. Svensk rätt

I svensk doktrin och praxis utgår man från, att en mäklare i regel antas ha rätt till provision av blott den ena avtalsparten. Fast sedvänja anses ge vid handen, att provisionskravet i regel kan riktas blott mot den som utgör penningborgenär i det förmedlade avtalet, d.v.s. exempelvis säljaren eller hyresvärden. Om sålunda mäklaren först vänt sig till köparen och först därefter kontaktat säljaren,

anses den sistnämnde trots detta vara skyldig att erlægga provisionen, om köp kommer till stånd.¹ T.o.m. i det fall att köparen givit mäklaruppdraget är det tänkbart, att säljaren bör ansvara för provisionen, ifall denne före avtalsslutet erhåller kännedom om förpliktelsen.² Regeln att säljaren ansvarar för provisionen har motiverats med, att det för den avtalspart som erhåller en penningprestation är lättare att betala provisionen.³

Ingenting hindrar givetvis, att förmedlaren i ett uppdragsavtal med en köpare betingar sig rätt till provision av denna avtalspart.⁴

5.1.3. Norsk rätt

I norsk doktrin framhåller *Brækhus*, att en mäklare givetvis skall erhålla provision i enlighet med uppdragsavtalet, ifall frågan reglerats här; likaså kan avtalsparterna naturligtvis i själva det avtal som förmedlats inta en klausul om provisionsbetalning till förmån för mäklaren.⁵ Om man inte träffat något avtal om, vem som skall betala provisionen, skall frågan avgöras på grundval av kutym. Detta kan leda till, att en avtalspart, som inte har givit något mäklaruppdrag och som inte heller i övrigt förbundit sig att svara för provisionen, trots detta kan komma att bli ansvarig gente-

¹ *Beckman* 1970, 608 f. Jfr tidigare *Fehr* 1925, 104 f., där sedvänjan att säljaren vid fastighetsköp ansvarar för provisionen anges vara förhärskande t.ex. i Stockholm, medan man vid denna tidpunkt i västra Sverige lät köparen betala en del av provisionen.

² *Fehr* 1925, 105 föreslår en sådan regel för bl.a. fastighetsköp i Stockholm, jfr föreg. not. Jfr dock *Beckman* 1970, 607, där förf. anger förekomsten av mäklaruppdrag utgöra en förutsättning för provision. Ett »mäklaruppdrag» föreligger dock »redan i och med att en part lämnar någon som han vet vara yrkesmässig mäklare jakande svar på en fråga, huruvida parten önskar att mäklaren skall anvisa honom en medkontrahent.» Den sistnämnda principen godtas också av *Sjöman* 1944, 88 f.

³ *Fehr* 1925, 105.

⁴ *Beckman* 1970, 608, 609 f.

⁵ *Brækhus* 1947, 340 ff.

mot mäklaren för provisionens erläggande. Detta förutsätter dock vid fastighetsförmedling att avtalet är »sluttet genom» förmedlaren, d.v.s. att anbudet och accepten har utväxlats via förmedlaren eller att förmedlaren har lett den muntliga förhandlingen mellan avtalsparterna.⁶ Kutymen rörande frågan, vilkendera avtalsparten som skall ansvara för provisionen, har enligt *Brækhus* varit varierande i olika delar av Norge; under och efter andra världskriget förefaller utvecklingen ha löpt i riktning mot en kutym, enligt vilken köparen har att betala provisionen.⁷

5.1.4. Dansk rätt

I Danmark påpekar *Frost*, att det utgör fast praxis, att den som givit ett försäljningsuppdrag skall betala provision, medan den som givit en förmedlare i uppdrag att ombesörja ett köp inte bär något ansvar för provisionen, ifall inte särskilda omständigheter talar för en annan lösning. I regel måste sålunda en fastighetsförmedlare, som önskar erhålla provision av köparen, uttryckligen betinga sig en sådan rätt.⁸ Också då förmedlaren kräver provision av säljaren bör han i princip kunna visa att det föreligger ett uppdrag (kommissionsgivelse). Förekomsten av ett sådant uppdrag kan emellertid blott framgå av omständigheterna in casu; *Frost* nämner, att man vid bedömningen av frågan kan fästa avseende bl.a. vid följande fakta:

Det är »af stor betydning at få oplyst, om mellemmanden drev kommissionsforretning m.h.t. køb og salg af ejendomme som erhverv, og om sælgeren var vidende herom. Videre må der lægges vægt på, hvem der har henvendt sig til hvem, og under hvilke for-

⁶ *Brækhus* 1947, 343 f.

⁷ *Brækhus* 1947, 344 f. Färskare uppgifter om eventuella förändringar i norsk kutym på fastighetsförmedlingens område har inte påträffats.

⁸ *Frost* 1964, 178 f. — Om en advokat förmedlar ett fastighetsköp skall enligt *Vinding Kruse* 1976, 28 not 1 avtalsparterna bära ett solidariskt ansvar för provisionen, ifall inte parterna anlitat var sin advokat.

hold det er sket, om sælgeren, før mellemmanden mødte op, selv har averteret ejendommen til salg, hvilke oplysninger mellemmanden har fået af ejeren angående ejendommen (har han fået fuld opgave, eller kun enkelte oplysninger, har han fået en bestemt pris opgivet), hvilken virksomhed mellemmanden har udfoldet under forhandlingerne, hvilken parts interesser han særlig synes at have varetaget, hvilke udtalelser der er faldet, på hvilket tidspunkt mellemmanden første gang har fremsat krav på salær, om han tidligere har haft en ejendom i kommission for ejeren o.s.v. o.s.v.»⁹

5.2. FINSK RÄTT: UTGÅNGSPUNKTER

I den diskussion som förts i de nordiska länderna har man av naturliga skäl nått överensstämmande resultat åtminstone i ett avseende: i enlighet med avtalsfrihetens princip skall överenskommelser mellan parterna och mäklaren vara avgörande i den mån sådana överenskommelser föreligger. Då tvingande bestämmelser i frågan saknas i finsk mäklarrätt, är det givet att man också hos oss bör ha samma utgångspunkt: om en avtalspart i uppdragsavtalet förbundit sig att prestera provisionen, bör han givetvis i regel ansvara i enlighet härmed.¹⁰ Ingenting hindrar sålunda en mäklare från att betinga sig provision av vardera avtalsparten, om han blott gör detta öppet;¹¹ som tidigare nämnts, kan dock det faktum att mäklaren förfarit på detta sätt påverka bedömningen, om någondera avtalsparten kräver att provisionens belopp skall jämkas.¹²

Den angivna utgångspunkten är inte i alla avseenden självklar på fastighetsförmedlingens område: man kunde, med hänvisning till formbestämmelsen i FFF § 16, hävda, att provisionsutfästelsen borde uppfylla vissa formella krav för att den skall kunna läggas till grund för bedömningen av provisionsfrågan. Huruvida detta skall antas vara fallet utreds nedan i p. 5.3.

⁹ Frost 1964, 86.

¹⁰ Så även Chydenius 1925, 345, Stenius 1947, 64 och Saxén 1958, 7.

¹¹ Se nedan s. 160 f.

¹² Se ovan s. 59.

I den nyssnämnda formbestämmelsen förutsätter man bl.a., att uppdragsavtalet uppgörs skriftligen och att man däri intar uppgifter om fastighetsförmedlarens arvode. I överensstämmelse med denna regel utför fastighetsförmedlarna uppenbarligen i flertalet fall sitt arbete med stöd av skriftliga uppdragsavtal, som innehåller bestämmelser om provisionen. I dessa klausuler brukar man i regel också uttryckligen fastslå, att uppdragsgivaren skall svara för erläggandet av provisionen¹³; också om någon uttrycklig uppgift om ansvarssubjektet inte intagits i klausulen syns det uppenbart, att uppdragsgivaren, som ingått uppdragsavtalet, skall ansvara för att det häri överenskomna arvodet presteras. I det överväldigande flertalet fall, där förmedlaren har fått till stånd ett avtal, är det sålunda lätt att peka ut åtminstone ett subjekt för provisionsansvaret. Detta medför emellertid inte, att frågan, huruvida provisionsansvar kan uppkomma utan stöd i någon provisionsutfästelse, helt saknar relevans: dels har normalt inte vardera avtalsparten

¹³ Ifall uppdraget givits av flera personer, som innehar den egendom, som skall säljas, med samäganderätt, uppstår frågan, huruvida dessa skall svara solidariskt eller envar blott för sin egen andel av provisionen. I HD 1940 II 351 ansåg HD efter omröstning (3—2), att vardera säljaren ansvarade blott för sin provisionsandel, då fastigheten inte sålts för säljarnas gemensamma räkning utan hälften sålts för den enas och hälften för den andras räkning, med skilda köpebrev. Minoriteten fann ansvaret solidariskt; den motivering för det proratariska ansvaret som majoriteten anförde syns antyda, att också den hade varit beredd att acceptera ett solidariskt ansvar, ifall försäljningen skett för gemensam räkning medelst ett köpebrev. Efter tillkomsten av SamägL (1958) syns man dock kunna argumentera för ett fördelat ansvar också i sistnämnda fall. Som ett argument i denna riktning kan i varje händelse nämnas SamägL § 13.3, i vilket lagrum samägarna inte åläggs något solidariskt ansvar (se *Kyläkallio* 1965, 240) för kostnaderna för en försäljning av samäganderättsgodset, som verkställs av god man; för sådana kostnader svarar samägarna »envar efter sin andel». *Kyläkallio* 1965, 154 f. anger också som generell regel, att det vid försäljning av samäganderättsgods föreligger lika många köpavtal som det finns säljare; som argument för detta åtminstone i föreliggande sammanhang godtagbara påstående anges dock felaktigt det nyss refererade rättsfallet HD 1940 II 351, vilket — såsom nyss visats — ju inte kan ges en så vidsträckt tolkning.

givit förmedlaren något uppdrag i lagstadgad form och dels förekommer det naturligtvis stundom också fall, där förmedlaren har verkat utan stöd av något lagstadgat uppdrag från någondera parten. — Frågan om provisionsansvar utan utfästelse berörs närmare nedan under p. 5.4.

5.3. PROVISIONSANSVAR P.G.A. FORMFRI UTFÄSTELSE

I FFF § 16 har man angivit följande formkrav för uppdragsavtalet:

»Angående mottagande av förmedlingsuppdrag skall uppgöras skriftligt uppdragskontrakt i två exemplar, det ena för uppdragsgivaren och det andra för förmedlaren. Kontraktet skall dateras och bör undertecknas av bägge kontrahenterna, och däri skall, jämte de uppgifter genom vilka uppdraget individualiseras, angivas uppdragets giltighetstid, eventuell uppsägningstid och fastighetsförmedlarens arvode.»¹⁴

Ifall fastighetsförmedlaren bryter mot denna formbestämmelse kan han givetvis drabbas av de straff- och näringsrättsliga sanktioner som finns föreskrivna i FFF. Frågan om de civilrättsliga verkningarna av FFF är däremot också på denna punkt oklar: bör brott mot något led i formbestämmelsen medföra, att uppdragsavtalet blir ogiltigt och förmedlaren sålunda går miste om sin rätt till provision för avtal han fått till stånd på basen av uppdraget?

Redan i F om fastighetsförmedlare av år 1945 § 10 föreskrev man skriftlig form för uppdrag rörande fastighetsförmedling. Frågan om de civilrättsliga verkningarna av denna bestämmelse har berörts såväl i rättspraxis som i den rättsvetenskapliga litteraturen. Från rättspraxis kan nämnas följande rättsfall:

¹⁴ Motsvarande regel ingår i FFFörsI § 20. Här har dock gjorts ett litet tillägg, som omtalas nedan s. 68. — I FFFörsI framhäver man att uppdraget bör ges i skriftlig form också i §§ 3 och 8.

HD 1952 II 36. En säljare hade per brev givit en förmedlare i uppdrag att för en köpeskilling om 1 300 000 mk förmedla försäljningen av en fastighet; provisionen skulle uppgå till 50 000 mk. Förmedlaren anskaffade en köpare, som köpte fastigheten för 1 050 000 mk. Säljaren vägrade betala provision. RR förkastade förmedlarens talan med krav på avtalad provision, då uppdragsavtalet inte var uppgjort i stadgad form. HovR ansåg däremot, att bestämmelsen i F om fastighetsförmedlare § 10 inte kunde ha en sådan inverkan på privaträttsliga avtals giltighet, att den skulle göra det förmedlingsavtal som uppkommit genom säljarens brev ogiltigt, och att den nämnda bestämmelsen, som hade naturen av en ordningsföreskrift, sålunda inte kunde avhända förmedlaren rätten till skälig provision, varför HovR såsom sådan provision utdömde 20 000 mk. HD: då det inte visats, att säljaren förbundit sig att åt förmedlaren erlägga provision också i det fall, att fastigheten såldes för ett lägre pris än det avtalade, förkastades talan om utfående av provision (omr. 3—2; min. kom till samma resultat som HovR).

Trots att HD i det nyss refererade fallet förkastade talan, ger motiveringarna till domslutet tämligen klart vid handen, att man inte ville anknyta någon civilrättslig ogiltighetssanktion till formföreskriften i 1945 års F om fastighetsförmedlare § 10.¹⁵ Rättsfallet har inte observerats av *Muukkonen*, som i sin doktorsavhandling också tar ställning till den föreliggande problematiken. Även han når emellertid samma resultat: ett förmedlingsavtal, som ingåtts utan iakttagande av formbestämmelsen i F om fastighetsförmedlare, skall anses vara giltigt, då det vore oskäligt, om en förmedlare, som utfört det avtalade uppdraget, blott p.g.a. formkravet skulle gå miste om den avtalade provisionen.¹⁶

Den rådande uppfattningen vid tolkningen av 1945 års F om fastighetsförmedlare § 10 har sålunda varit, att stadgandet inte skulle påverka uppdragsavtalets giltighet. Ingenting antyder, att man skulle ha eftersträvat andra verkningar med den formföreskrift

¹⁵ Denna tolkning av fallet ger också *Saxén* 1958,9.

¹⁶ *Muukkonen* 1958, 187. Även *Erme* 1978, B/40 framhåller, att förmedlaren har rätt till provision även p.g.a. muntligt uppdrag.

som nu ingår i FFF § 16.¹⁷ Det huvudsakliga ändamålet med formbestämmelsen syns också vara att underlätta tillsynen över fastighetsförmedlarna.¹⁸ Det förefaller därför riktigt att anta, att formbestämmelsen i FFF skall betraktas som en blott straff- och näringsrättsligt sanktionerad föreskrift; en fastighetsförmedlare skulle alltså enligt detta kunna grunda ett krav på provision på ett uppdragsavtal som inte uppfyller de formkrav som ställs i FFF.¹⁹

I FFFörsI har man velat tillföra formbestämmelsen ett nytt element med innehållsmässiga implikationer: uppdraget skall ges på ett formulär som godkänts av fastighetsförmedlarnämnden. Detta tillägg syns inte vara avsett att förändra den nyss angivna slutsatsen rörande formbestämmelsens inverkan på uppdragets och provisionsutfästelsens giltighet som sådana. Däremot kan naturligtvis giltigheten av enskilda klausuler i uppdragsavtalet påverkas: ifall uppdragsavtalet innehåller sådana klausuler, som fastighetsförmedlarnämnden inte velat godkänna, utgör detta ett starkt argument för en jämkning av dessa klausuler med stöd av KSL 4: 1 (eller SBL § 8).

Det sagda innebär, att ett uppdrag, som givits t.ex. per brev eller muntligt, i princip skall betraktas som giltigt. De villkor om betalning av provision och om provisionens storlek som ingår i ett sådant formfritt uppdrag skall därför lända till efterrättelse vid bedömningen av förmedlarens provisionskrav. I den mån förmedlaren kan grunda sitt krav på en uttrycklig provisionsutfästelse från vederbörande avtalspart skall kravet i regel bifallas oberoende av, i vilken form utfästelsen är given. Bevisbördan för, att en provisionsutfästelse med ett visst innehåll givits, åligger härvid givetvis förmedlaren.²⁰ Det i FFF uppställda formkravet talar

¹⁷ Några antydningar i denna riktning ges inte i *Kom.miet.* 1964: B 36, 31 eller i *Muistio* 1978, 50 f.

¹⁸ Se även t.ex. *Muistio* 1978, 28.

¹⁹ Jfr betr. norsk rätt *Brækhus* 1947, 146 ff., där giltigheten av avtal om fastighetsförmedling gjorts beroende av att vissa formkrav iakttagits.

²⁰ Så även *Saxén* 1958, 8, *Stenius* 1947, 57 samt *Beckman* 1970, 608. Ur rättspraxis kan nämnas t.ex. HD 1934 II 374.

också för, att man ställer relativt stränga krav på den bevisning som krävs. En förmedlare som inte följt sin straffsanktionerade förpliktelse att uppgöra ett uppdragskontrakt i stadgad form, vilken ålagts honom bl.a. för att minska eventuella meningsskiljaktigheter rörande tolkningen av uppdragen,²¹ förtjänar inte något starkt skydd mot oriktiga invändningar från uppdragsgivarens sida.²² På fastighetsförmedlingens område syns man därför inte utan vidare kunna godta *Saxéns* påstående, att »uppdragsgivarens invändning om att andra villkor än de sedvanliga avtalats» i regel inte bör »vinna tilltro utan att särskilda omständigheter ger stöd för invändningen».²³ Också då förmedlaren vill kräva den provision som är sedvanlig inom branschen bör han framlägga något slag av bevisning för att uppdragsgivaren utfäst sig att utge sådan provision, ifall den sistnämnde påstår, att man träffat avtal om ett lägre belopp.²⁴

5.4. RÄTTEN TILL PROVISION, NÄR INGET AVTAL HÄROM TRÄFFATS

5.4.1. Företsättningar

I den nordiska doktrinen syns råda allmän enighet om, att en yrkesmässig förmedlare i regel har rätt till provision, även då man

²¹ *Kom. miet.* 1964: B 36, 31.

²² Jfr även FFmf:s moralkodex § 9, enligt vilken förmedlaren bör dra försorg om, att samtliga avtal, bl.a. uppdragsavtalet, »uppgörs så klart och i enlighet ned stadganden i lag eller förordning, att inga tolkningssvårigheter eller tvister kan uppstå på grund av dem.»

²³ *Saxén* 1958, 8. Regeln motiveras med en hänvisning till *Beckman* 1943, 121 och det svenska rättsfallet NJA 1939, 645. Regeln upprepas också i *Beckman* 1970, 608.

²⁴ Denna principiella utgångspunkt är också väl förenlig med de synpunkter rörande storleken av förmedlarens arvode, då ingen provisionsutfästelse givits, som anförs nedan i p. 5.4. Den skäligen ersättning för arbete och kostnader som förmedlaren, enligt vad som anförs i nämnda stycke,

inte träffat något uttryckligt avtal om provisionen.²⁵ Den som givit ett uppdrag åt en yrkesförmedlare bör kunna räkna med, att han härigenom blir tvungen att prestera ett vederlag för de tjänster han kommer i åtnjutande av. I vissa nordiska länder — åtminstone i norsk rätt och enligt *Fehrs* uppfattning också i svensk — anser man dessutom, som tidigare nämnts, att också den avtalspart, som inte givit förmedlaren något »uppdrag», stundom kan bli provisionsansvarig med stöd av kutym inom ifrågavarande bransch, givetvis under förutsättning att han varit medveten om förmedlarens befattning med avtalet. Redan ett rent passivt accepterande av förmedlarens verksamhet skulle enligt detta i vissa fall kunna leda till skyldighet att erlægga provision.

Mot denna bakgrund och framför allt med hänsyn till, att man i HB 18:5 uttryckligen tillerkänt syssloman rätt till »skälig arvodis lön», syns det också uppenbart, att man i finsk rätt måste utgå från, att en avtalspart kan bli provisionsansvarig även i fall, där han inte givit förmedlaren någon *uttrycklig* provisionsutfästelse. Här återstår blott att utreda, under vilka förutsättningar ett sådant provisionsansvar kan uppkomma. Skall också i finsk rätt ett helt passivt accepterande av förmedlarens insats kunna medföra skyldighet att utge provision, eller bör man förutsätta någon grad av aktivitet från avtalsparts sida? Hur omfattande bör denna aktivitet i så fall vara?

Vid bedömningen av frågan, när provisionsansvar skall uppkomma, är det uppenbart, att man måste beakta den sedvanliga fördel-

stundom bör kunna erhålla också av en avtalspart, som inte givit något uppdrag, bör han naturligtvis, ifall förutsättningarna därför föreligger, ha rätt till också då provisionslöfte givits, ifall uppdragsgivaren inte kan visa, att man härvid överenskommit om en lägre provision. Bevisbördan för att man avtalat om en provision som är lägre än en skälig ersättning för arbete och kostnader, åligger alltså uppdragsgivaren i de fall, som avses i p. 5.4.

²⁵ *Saxén* 1958, 6, *Stenius* 1947, 54, *Fehr* 1925, 99, *Beckman* 1943, 120, *Beckman* 1970, 607 och *Brækhus* 1947, 329 f. samt *Sandvik* 1971, 131.

ningen av provisionsbördan mellan avtalsparterna.²⁶ Detta innebär på fastighetsförmedlingens område, att man bör vara mer återhållsam med att ålägga en köpare (legotagare) provisionsansvar än en säljare (legogivare). Det förefaller därför riktigt att — i likhet med vad som är fallet i dansk rätt — ålägga köparen ansvar för provisionen blott då han i någon form givit en *uttrycklig* utfästelse i denna riktning. Om en presumtiv köpare vänder sig till en fastighetsförmedlare med en förfrågan, huruvida denna har en lämplig fastighet eller lägenhet till försäljning, skall köparen inte blott på denna grund kunna göras ansvarig för provisionen för det avtal som eventuellt kommer till stånd p.g.a. hänvändelsen. Detta syns vara fallet oberoende av, om förmedlaren medverkat vid avtalsslutet eller inte. Inte ens då köparen anhåller om att bli införd i förmedlarens eventuella kartotek över presumtiva avnämare kan man utgå från att han härigenom velat förbinda sig att ansvara för någon provision. Det är stadgad kutym, att en köpare, som på detta sätt kontaktat förmedlaren, inte betalar någon provision för de uppgifter om tänkbara avtalsparter han härvid erhållit. Köparen bör därför kunna räkna med, att provisionen betalas av säljaren; om förmedlaren i något fall försummat att säkra sitt provisionskrav mot denne, skall detta inte lända köparen till nackdel. — Ifall köparen uttryckligen bett förmedlaren bistå honom vid anskaffandet av en bestämd fastighet, kunde det ligga närmare till hands att ålägga köparen ansvar för provisionen även om man inte träffat något uttryckligt avtal härom.²⁷ Det är ju ofta just i situationer av detta slag man i praxis begagnar sig av uttryckliga inköpsuppdrag med därtill anslutna provisionsutfästelser. Med beaktande av, att inköpsuppdragen trots allt kan betraktas som undantagsföreteelser, syns det dock riktigare, att också i detta fall göra köparen ansvarig för provisionen blott om det föreligger en uttrycklig provisionsutfästelse från hans sida; om fastighetsförmedlaren önskar erhålla provision av köparen har han ju alltid möjlighet att *expressis verbis*

²⁶ Så även *Brækhus* 1947, 141.

²⁷ Så *Brækhus* 1947, 142.

förbehålla sig rätt till detta. Rättstekniskt förefaller det också mer lämpligt att bedöma alla slag av hänvändelser från köparsidan på samma sätt: man undviker härigenom att bli tvungen att ta ställning till, huruvida köparens hänvändelse kan betraktas som tillräckligt individualiserad och preciserad för att ge upphov till ett provisionsansvar.

En säljare som med en förmedlares bistånd eller med hjälp av upplysningar han erhållit av en förmedlare får sin egendom avyttrad, bör däremot lättare kunna åläggas ett provisionsansvar. Det är likväl knappast skäl att gå så långt, att man skulle acceptera ett ansvar för denna avtalspart redan på den grund att han passivt accepterat förmedlarens insats. Trots att säljaren i flertalet fall i praktiken åtar sig att betala provisionen, förefaller det inte riktigt att utgå från, att en säljare som inte åtagit sig detta skall betala provision så snart han blott varit medveten om, att en förmedlare varit inkopplad, eller så snart avtalsförhandlingarna letts av en förmedlare.²⁸ Önskar fastighetsförmedlaren erhålla provision av en sådan säljare, har han ju alltid möjlighet att uttryckligen beting sig detta; det föreligger knappast någon anledning att *enbart* med stöd av en sedvänja inom branschen²⁹ ge honom ett sådant krav mot en avtalspart, vilken i regel såsom privatperson inte kan förväntas äga kännedom om sedvänjorna vid fastighetsförmedling. — En granskning av avtalspraxis visar dessutom, att man ingalunda med säkerhet kan påstå, att det skulle existera någon kutym inom fastighetsförmedlingsbranschen, enligt vilken förmedlaren alltid skulle erhålla provision av säljaren.³⁰

Om säljaren själv (aktivt) anlitat förmedlaren, kan ett provisionsansvar för honom bli aktuellt. Som tidigare nämnts, anser man ju,

²⁸ Se även det nedan refererade rättsfallet HD 1975 II 67.

²⁹ Jfr *Saxén* 1958, 7 och *Stenius* 1947, 64, som anser handelsbruket vid sidan av avtal vara avgörande för fördelningen av provisionsbördan. Denna ståndpunkt kan givetvis vara berättigad vid sådan mäklarverksamhet, där de avtal som förmedlas är av mer kommersiellt slag.

³⁰ I provisionsklausulerna i de formulär för inköpsuppdrag som refereras nedan § 9.2 förefaller man utgå från, att säljaren inte *alltid* skall

att den som vänder sig till en yrkesmässig förmedlare bör räkna med, att han skall bli tvungen att betala för de tjänster han erhåller; det föreligger inte någon sedvänja med motsatt innehåll som en säljare — såsom köparen — kunde stöda sig på. Alla slags hänvändelser från säljarens sida bör likväl inte kunna ådra honom provisionsansvar: man bör kunna kräva, att säljaren på ett eller annat sätt uttrycker en vilja att ge förmedlaren ett uppdrag att bistå vid försäljningen av fastigheten.³¹ Ifall förmedlaren är osäker på, huruvida uppdragsgivaren har denna intention, är det hans sak såsom branschkundig att få frågan klarlagd; om han utan *klart* uppdrag³² ger ut upplysningar eller företar försäljningsåtgärder, bör han inte kunna kräva provision för avtal, som kommit till stånd som en följd av denna verksamhet. Om man ock till formkravet i FFF § 16 inte kan anknyta någon civilrättslig ogiltighetssanktion, talar den nämnda regeln i varje händelse för, att man ålägger förmedlaren en civilrättsligt relevant förpliktelse att se till, att frågan om uppdragets existens är klar.

Det sagda innebär, att exempelvis en enkel förfrågan från säljarens sida, huruvida förmedlaren har några lämpliga köpare, ännu inte kan ge upphov till någon provisionsrätt för förmedlaren, ifall denne utan vidare lämnar säljaren de uppgifter denne begärt och säljaren med stöd av dem avyttrar sin fastighet. Inte ens i det fall, att den säljare som anlitat förmedlaren medverkar vid förmedlarens försäljningsåtgärder, kan man utan vidare anse säljaren vara provisionsansvarig. Belysande för, hur stränga krav man kan ställa på att förmedlaren bör klarlägga uppdragets existens, är följande färiska rättsfall:

HD 1975 II 67. Säljarna (två makar) hade givit en förmedlare i uppdrag att sälja deras aktielägenhet mot en provision om 3 000 mk.

vara provisionsansvarig. Jfr även Utl. 4/1975 § 11, där man uttalade, att det inte överensstämde med god fastighetsförmedlarsed att kräva ersättning för förlorad provision, då man inte ens ingått uppdragsavtal.

³¹ Så även *Brækhus* 1947, 143.

³² Se dock betr. möjligheterna att anta att en konkludent *förlängning* av uppdraget skett nedan § 7.3.2.6.

Avtalets giltighetstid hade p.g.a. uppsägning från säljarnas sida upphört den 28. 1. 1973. Den 13. 2. samma år hade förmedlaren meddelat säljarna att han hade en intresserad köpare samt överenskommit med den ena av säljarna att förmedlaren och köparen skulle besiktiga lägenheten. Den nämnda säljaren hade förevisat dem lägenheten, varefter säljarna och köparen uppgjort köpebrev den 15. 2. 1973. RR och HovR förpliktade säljarna att betala den avtalade provisionen. HD: då förmedlingsavtalet hade upphört den 28. 1. 1973 och man efter detta inte uppgjort något nytt förmedlingsavtal och då förmedlaren inte visat, att han, då han efter att det ifrågavarande avtalet upphört hade givit uppgift om lägenheten åt den person som sedermera köpte densamma, hade handlat på uppdrag av säljarna, förkastades förmedlarens krav på provision.

Det refererade rättsfallet visar också, att bevisbördan angående uppdragets existens naturligtvis åvilar förmedlaren.³³

5.4.2. Provisionens storlek

Vid beräkningen av provisionen i det fall, att avtal härom inte föreligger, kan man ta en utgångspunkt i stadgandet om syssloman-naarvode i HB 18:5.³⁴ »Syssloman niute skiälig arfvodis lön, så ock vedergällning för thet, som han annars ärender rätteliga kostat hafver». Provisionen skall alltså uppgå till ett *skäligt* belopp.³⁵

³³ Så även *Frost* 1964, 86. Se även här HD 1934 II 374 samt dessutom också HD 1936 II 380 (krav på underprovision).

³⁴ Så även *Saxén* 1958, 7. Stadgandet i HB 18:5 åberopas också uttryckligen i HD 1922 d. 260. Regeln i FFF § 24 (FFFörl § 27), i vilken man också betonar att provisionen skall vara skälig, syns inte vara avsedd att reglera de problem som uppkommer, då avtal om provisionen inte träffats.

³⁵ Så även *Stenius* 1947, 54. — *Fehr* 1925, 105 f. framhåller, att mäklaren då avtal eller handelsbruk saknas, i överensstämmelse med regeln i SvKöpl § 5 borde erhålla den provision han kräver, såvida beloppet inte kan anses oskäligt. Så även *Erme* 1978, B/49. *Saxén* 1958, 7 anser utan vidare argumentering, att denna regel knappast är tillämplig på förmedlare. Med hänsyn till regeln i HB 18:5 syns *Saxéns* ställningstagande vara befogat.

Vid bedömningen av, vilket belopp som skall betraktas som skäligt, skall man enligt *Saxén* och *Stenius* bl.a. ta hänsyn till »uppdragets svårighetsgrad, köpegodsets värde och köpets betydelse för uppdragsgivaren»; därtill fäster man stor vikt vid sedvanan inom ifrågavarande bransch.³⁶ Lämpligheten att generellt återropa alla dessa kriterier — och framför allt det sistnämnda — förefaller dock på goda grunder kunna ifrågasättas. Som tidigare nämnts, är de sedvanliga provisionstarifferna i regel uppbyggda så, att den provision som skall betalas för ett uppdrag är avsedd att täcka också bl.a. kostnaderna och arbetet på uppdrag, som inte leder till resultat. Provisionen kan därför i många fall avsevärt komma att överstiga värdet av det arbete och de kostnader som förmedlaren nedlagt på utförandet av det ifrågavarande uppdraget. I sådana fall kan ett provisionsbelopp enligt gängse taxa ofta te sig överraskande och oskäligt för uppdragsgivaren. Man kunde visserligen hävda, att uppdragsgivaren här borde få skylla sig själv, då han givit förmedlaren ett uppdrag utan att fråga denne om provisionens storlek; denna anmärkning förefaller likväl inte väga särskilt tungt, då man beaktar att man i FFF § 16 uttryckligen ålagt fastighetsförmedlaren att tillse, att uppgift om arvodet intas i uppdragsavtalet och härigenom tillkännages uppdragsgivaren. En fastighetsförmedlare som inte iakttagit denna del av formbestämmelsen i FFF borde därför — i överensstämmelse med »andan» i HB 18:5 — i skälig provision

Jfr även *HD 1929 II 684*: Förmedlaren hade fått i uppdrag att ordna försäljningen av en tomt med en byggnad samt ett varulager utan att man härvid träffat överenskommelse om provisionens storlek. Efter att uppdraget utförts hade uppdragsgivaren betalat 1 % av köpeskillingen i provision; förmedlaren krävde 2 %. RR dömde uppdragsgivaren att betala skillnaden, då förmedlarens provisionskrav kunde anses vara skäligt. HovR: ej ändring. HD: då förmedlarens provisionskrav kunde betraktas som skäligt också med beaktande av, att han på basen av sitt uppdrag vid försäljningen av de ifrågavarande objekten även fungerat som uppdragsgivarens rådgivare och biträde, förelåg inte skäl till ändring. — I detta fall uttalade domstolarna uttryckligen, att kravet var *skäligt* och inte att det inte var oskäligt.

³⁶ *Saxén* 1958, 8, så även *Stenius* 1947, 54.

kunna kräva blott ett belopp, som någotsånär motsvarar värdet av det arbete och de kostnader han nedlagt på uppdraget;³⁷ vid sidan av detta huvudkriterium bör man blott i ytterst begränsad utsträckning beakta de kriterier som *Saxén* och *Stenius* anfört. Om en på nyssnämnt sätt uträknad »skälig provision» i något fall skulle överstiga gängse taxa för uppdrag av ifrågavarande slag borde däremot tariffenlig provision utdömas. Det föreligger inte någon anledning att i detta fall försätta uppdragsgivaren i en sämre ställning än den han uppnått om uttryckligt avtal om provisionen träffats.

Om uppdragsgivaren exempelvis p.g.a. den näring han bedriver kan förutsättas besitta viss kännedom om fastighetsförmedlingsbranschen och dess kutyper eller om han tidigare utnyttjat fastighetsförmedlarens tjänster mot tariffenlig provision, ligger det närmare till hands att följa gängse taxa också i det fall att fastighetsförmedlarens arbete och kostnader för ifrågavarande uppdrag varit av jämförelsevis ringa omfattning.

5.5. UTOMKONTRAKTUELLT ANSVAR FÖR UTEBLIVEN PROVISION

I den rättsvetenskapliga litteraturen har man berört frågan, huruvida en avtalspart, som genom sitt handlande förorsakat att förmedlaren gått miste om ett provisionskrav mot den andra avtalsparten, skall bära ett skadeståndsrättsligt ansvar gentemot förmedlaren för dennes provisionsförlust. Man har härvid främst behandlat spörsmålet, huruvida förmedlaren har en sådan rätt till skadestånd av en avtalspart, som gjort sig skyldig till kontraktsbrott, ifall förmedlarens provisionsrätt är betingad av, att avtalet

³⁷ Se även det något oklart formulerade domslutet i HD 1938 II 273, där förmedlaren vid avslutandet av uppdragsavtalet hade uppgivit, att kostnaderna för förmedlingen bleve små, varför en förmedlingsprovision på 1/2 % ansågs skälig.

uppfylls;³⁸ då någon sådan förutsättning för provision inte uppställs på fastighetsförmedlingens område i Finland vare sig enligt dispositiv rätt eller i avtalspraxis, skall denna fråga inte beröras närmare här. Däremot är det skäl att i korthet konstatera, att fastighetsförmedlaren i regel inte skall ha någon rätt till skadestånd av en icke provisionsansvarig avtalspart på den grund att denne t.ex. återtar ett anbud han givit och därigenom åstadkommer, att förmedlaren går miste om det provisionskrav han hade erhållit gentemot uppdragsgivaren i det fall att anbudet lett till uppkomsten av ett avtal. Detta framgår uttryckligen av följande rättsfall.³⁹

HD 1943 II 7. En förmedlare hade den 12.12.1940 uppsökt en bankdirektör, som ägde en gård vid Kanalgatan i Helsingfors, och frågat, huruvida denne ville sälja fastigheten till en skeppsredare, som önskat förvärva en gård vid stadens södra hamn. Bankdirektören hade förklarat sig villig att sälja fastigheten för ett pris av 8 milj. mk och överlämnat åt förmedlaren att inom sex dagar försöka sälja gården; förmedlarens anhållan om rätt till provision för förmedlingen hade han däremot uttryckligen avslagit. Förmedlaren vände sig till köparen, som utfäste sig att erlagga 100 000 mk i förmedlingsprovision om köpet kom till stånd. Följande dag hade säljaren vid ett besök, som köparen och förmedlaren företog hos honom, tillkännagivit sina slutliga försäljningsvillkor; köparen hade förbehållit sig betänketid till därpå följande dag för avgivande av

³⁸ Se *Brækhus* 1947, 388 ff., *Frost* 1964, 181 ff. samt rättsfallet i nästa not.

³⁹ Se från ett närliggande område även t.ex. rättsfallet *HD 22.2.1962/589*: Det finska företaget A hade som representant för det danska företaget B ingått ett avtal med ett finskt företag C om en leverans till det sistnämnda företaget. C uppfyllde inte avtalsvillkoren, varför avtalet förföll. A, som i avtalet med B betingat sig en 10 % provision, krävde att C skulle erlagga motsvarande belopp. RR och HovR biföll talan. HD: då C inte i avtalet med B eller på annat sätt hade förbundit sig att, i händelse man inte uppfyllde avtalsvillkoren, betala ersättning för eventuellt utebliven provision till A och då man inte heller hade klarlagt någon grund, med stöd av vilken C, som inte befunnit sig i avtalsförhållande till A, likväl vore skyldig att ersätta den skada den sistnämnda lidit p.g.a. avtalsbrottet, förkastades kravet på ersättning för utebliven provision.

bindande svar. Den 14.12., då säljaren på uppdrag av köparen meddelats underrättelse om att köparen godkänt villkoren och var beredd att avsluta köpet, hade säljaren lämnat besked att han p.g.a. familjehänsyn inte längre var hågad att sluta köpavtalet. Förmedlaren yrkade på att säljaren skulle förpliktas att till honom utge 100 000 mk, då han till följd av att säljaren ensidigt återkallat uppdraget gått förlustig provision av köparen och säljaren sålunda var skyldig att ersätta den skada förmedlaren härigenom lidit. RR: enär slutlig överenskommelse mellan säljaren och köparen inte träffats om försäljningen av fastigheten och säljarens återtagande av sin förklaring att han var villig att sälja under förhandenvärande omständigheter inte för förmedlaren utgjorde laga grund för skadestånd till följd av att denne därigenom gått förlustig sin rätt till förmedlingsprovision av köparen, förkastades talan. HovR och HD: ej ändring.

Den angivna regeln innebär bl.a., att en köpare, som givit handpeng för ett bestämt objekt och härafter dragit sig ur köpet, inte skall bära något ansvar för utebliven provision utöver den handpeng han givit. Vidare kan förmedlaren ta ut provision ur själva handpengen blott under förutsättning att denna skall tillfalla säljarsidan i händelse avtal inte kommer till stånd. En ytterligare förutsättning är givetvis i detta fall att förmedlaren har förbehållit sig en sådan rätt till provision ur handpengen i uppdragsavtalet med säljaren.⁴⁰

5.6. TREDJEMANS ANSVAR FÖR PROVISION

5.6.1. Allmänt

I vissa situationer kan man tänka sig, att en annan person än de ursprungliga avtalsparterna anses skyldig att ersätta förmedlaren dennes provisionskrav. Det syns självklart, vilket också *Brækhus* påpekar, att t.ex. en person, som övertalat en presumtiv avtalspart att avstå från ett köp, eller en myndighet, som genom att vägra

⁴⁰ Se närmare om rätten till provision ur handpeng nedan p. 6.4.

att ge ett eventuellt erforderligt tillstånd till ett köp förhindrat avtalet, inte bör bära något ansvar för den förlust av provision som förmedlaren härigenom lider.⁴¹ Däremot kan man inte utan vidare utesluta ett provisionsansvar för den som utövar en rätt till inlösen eller förköp.

5.6.2. Inlösen av aktie

I bolagsordningen för ett bostadsaktiebolag kan föreskrivas en s.k. hembudsskyldighet, vilken innebär, att övriga aktieägare eller bolaget självt har rätt att inlösa aktier, som överlåtits till utomstående. I flertalet fall medför ett utnyttjande av denna möjlighet inte några problem med hänsyn till förmedlarens krav på provision. Ifall säljaren skall ansvara för provisionen — vilket ju i praktiken är det normala — och det i bolagsordningen föreskrivs, att löse-skillingen skall uppgå till det belopp köparen bjudit — något som likaledes är vanligt — aktualiseras sålunda frågan, huruvida den som verkställer inlösen skall bli ansvarig för provisionen, överhuvudtaget inte. I detta fall är ju förmedlingsprovisionen inräknad i den köpeskillning som den ursprungliga säljaren och köparen överenskommit om; den lösningsberättigade skall prestera denna summa till säljaren, som fortsättningsvis bär provisionsansvaret gentemot förmedlaren.⁴² Är det däremot fråga om ett inköpsuppdrag, vid vilket köparen förbundit sig att svara för provisionen, är situationen mer problematisk. I detta fall syns man väl kunna hävda, att köparen skall bli fri från sitt provisionsansvar,⁴³ emedan hans syfte med uppdraget inte uppfyllts, ifall inlösen företagits, och man får därför anledning att fråga, huruvida den lösningsberättigade i stället skall bli ansvarig för provisionen. Flera argument talar för ett jakande svar på denna fråga.⁴⁴ Ifall den lösnings-

⁴¹ *Brækhus* 1947, 450 f.

⁴² Se även Utl. 2/1976 § 4.

⁴³ Så även *Brækhus* 1947, 366, 452.

⁴⁴ Jfr dock *Olsson* 1949, 242, som utan närmare motivering generellt

berättigade inte blev provisionsansvarig skulle förmedlaren utan egen förskyllan gå miste om sin rätt till provision för ett uppdrag som lett till resultat. För den lösningsberättigade bör det också vara likgiltigt, hur man fördelat provisionsansvaret mellan avtalsparterna.⁴⁵ Då denna fördelning uppenbarligen måste inverka på storleken av den köpeskilling man överenskommit om mellan den ursprungliga säljaren och köparen, skulle den lösningsberättigade utan grund råka i en fördelaktigare position, då förmedlaren handlat på grundval av ett inköpsuppdrag, ifall den lösningsberättigade inte här skyldigkändes att svara för provisionen. Då han vid ett försäljningsuppdrag de facto deltar i betalningen av provisionen, bör han därför också i samband med ett inköpsuppdrag skyldigkännas att utge den provision den ursprungliga köparen till äventyrs bort betala. En förutsättning för att man skall kunna ålägga den lösningsberättigade ansvar för provisionen i dessa fall är dock, att han erhållit kännedom om förmedlarens provisionskrav i samband med hembudet.

Ifall man i bolagsordningen fastslagit, att som löseskilling skall utges ett annat belopp än den köpeskilling som säljaren och den ursprungliga köparen överenskommit om — t.ex. det nominella värdet, bokföringsvärdet, skattevärdet eller det verkliga värdet av aktierna⁴⁶ — råkar problemet i en något annan dager. Här är anknytningen mellan löseskillingen och det köpavtal som förmedlaren fått till stånd svagare; redan på grundval av bolagsordningens bestämmelser om inlösen syns man kunna dra slutsatsen, att den lösningsberättigade här inte skall bära något ansvar för provisionen till förmedlaren.⁴⁷

framhåller, att den ursprungliga köparen inte kan kräva ersättning för erlagd förmedlingsprovision.

⁴⁵ Så även de lege ferenda *Brækhus* 1947, 452.

⁴⁶ Dessa alternativ nämns av *Olsson* 1949, 239 ff.

⁴⁷ Så även *Olsson* 1949, 241, 242. Provisionsansvarig säljares ställning bör i detta fall uppenbarligen bedömas med ledning av de synpunkter som anförs nedan i § 7.4.

5.6.3. Kommuns förköpsrätt

Liknande spörsmål är aktuella också då kommun utövar sin förköpsrätt enligt FörkL. Ifall förmedlingsuppdraget är av den arten, att säljaren skall ansvara för provisionen — m.a.o. i det stora flertalet fall — uppkommer inte heller i det föreliggande fallet några problem: säljaren skall fortsättningsvis bära detta ansvar mot förmedlaren, då ju kommunen enligt FörkL § 2.1 å sin sida inträder i köparens alla skyldigheter mot säljaren, d.v.s. skall betala köpeskillingen utan avdrag för eventuell provision. Om däremot köparen bär provisionsansvaret mot förmedlaren aktualiseras också här problemet, huruvida den som träder i köparens ställe — kommun, som utnyttjar sin förköpsrätt — skall inträda i dennes skyldighet att betala provision till förmedlaren. Den ursprungliga köparens provisionsansvar bör nämligen även i detta fall bortfalla,⁴⁸ då ju köparens syfte med uppdraget förfelats p.g.a. förköpet.

Starka argument kan anföras för ett provisionsansvar för kommunen i det anförda fallet. Dels syns de argument som talar för ett provisionsansvar för lösningsberättigad vid hembud av aktie tillämpliga även här och dels kan man hänvisa till FörkL § 15.1, i vilket stadgande man uttryckligen utgår från, att kommun, som utövar förköpsrätt, skall kunna bli ansvarig även för andra förpliktelser än de som enligt köpebrevet åvilar köparen. I förarbetena till lagstiftningen om kommuns förköpsrätt framhåller man också uttryckligen, att kommunen med stöd av det nämnda stadgandet bör ersätta köparen bl.a. eventuellt arvode för fastighetsförmedling.⁴⁹ Då man här alltså *expressis verbis* anger, att kommun skall vara skyldig att till köparen erlagga ersättning för den provision han utgivit innan förköpet slutförts, syns det helt naturligt, att efter denna tidpunkt ålägga kommunen ett direkt ansvar gentemot förmedlaren för den provision köparen varit skyldig att prestera, ifall kommunen inte utnyttjat sin förköpsrätt.

⁴⁸ Så även Brækhus 1947, 366, 452.

⁴⁹ *Reg.prop.* 134/1974, 5, *Reg.prop.* 180/1975 II, 6. Se även Ojanen 1978, 178.

5.6.4. Inlösen enligt MarkförvärvsL

Ifall i MarkförvärvsL förutsatt tillstånd att förvärva jord- och skogsbruksmark förvägrats köpare, är jordbruksstyrelsen berättigad och, om köparen yrkar på det, skyldig att inlösa jorden (MarkförvärvsL § 6.1). Frågan om inlösen är här en sak mellan köparen och jordbruksstyrelsen; den sistnämnda parten inträder inte i något rättsförhållande till säljaren av den ifrågavarande fastigheten.⁵⁰ Löseskillingen är inte heller i alla fall fast anknuten till köpeskillingen; inlösen skall nämligen ske »till det i köpebrevet nämnda priset, eller, om detta pris uppenbart överstiger eller understiger gängse pris eller om av köpebrevet eljest icke framgår det penningvederlag som enligt överenskommelse skall erläggas för jorden, mot full ersättning enligt gängse pris» (MarkförvärvsL § 6.1). Någon skyldighet att prestera ersättning för kostnader vare sig åt köparen eller än mindre åt en utomstående förmedlare åläggs jordbruksstyrelsen inte.⁵¹ Att uppställa ett provisionsansvar för staten gentemot förmedlaren av ett avtal, i vilket staten inte enligt MarkförvärvsL skall inträda såsom part på det sätt som föreskrivits i FörkL, syns därför inte möjligt, trots att en inlösen enligt MarkförvärvsL uppenbarligen — då inte heller här köparens syfte med uppdraget uppfyllts — bör leda till att förmedlaren går miste om sitt provisionskrav gentemot köparen. Vill förmedlaren i situationer, som berörs av MarkförvärvsL, säkra sig ett krav på provision vid ett inköpsuppdrag måste han därför antingen uttryckligen betinga sig provision av säljaren eller träffa avtal med köparen därom, att provision skall erläggas av denne utan hänsyn till avtalsprocessens slutresultat.

⁵⁰ Äganderätten till fastigheten övergår i normal ordning till köparen i de föreliggande fallen, se *Reg.prop. 186/1975 II*, 3.

⁵¹ Se *Ojanen* 1978, 208 f. Se även *Reg.prop. 186/1975 II*, 3, där man uppenbart utgår från att kostnaderna för köpet skall bäras av parterna.

5.7. OM DEN FORTSATTA FRAMSTÄLLNINGEN

Som tidigare nämnts, utförs det stora flertalet förmedlingsuppdrag på basen av skriftliga uppdragsavtal, som innehåller bestämmelser om provisionens storlek m.m. I fortsättningen kommer dessa fall därför att ställas i förgrunden i framställningen. De avtalsvillkor som begagnas i de skriftliga uppdragsformulären avviker vid försäljnings- respektive inkösuppdrag starkt från varandra. Av denna anledning har det befunnits befogat att behandla dessa två typer av uppdrag särskilt för sig i fortsättningen. De följande paragraferna (§§ 6—8) behandlar sålunda den viktigare av dessa två slag av uppdrag, försäljningsuppdraget; i § 9 omtalas därefter vissa särdrag vid bedömningen av inkösuppdragen.

§ 6. AVTAL SOM FÖRUTSÄTTNING FÖR PROVISION

6.1. ALLMÄNT

Som redan tidigare nämnts, bygger reglerna om förmedlingsprovision på principen »*no cure no pay*»: förmedlaren har — om annat inte avtalats — rätt till provision blott under förutsättning att det avtal uppdraget avser kommit till stånd.¹ Oberoende av den arbetsmängd och de kostnader förmedlaren nedlagt på att utföra uppdraget skall han inte erhålla någon ersättning ifall arbetet inte leder till något avtal; förmedlaren sägs i detta avseende bära *avslutsrisken*.²

I enlighet med den nyssnämnda regeln anses förmedlaren inte erhålla någon rätt till provision blott på den grund att han framskaffat ett acceptabelt anbud. Uppdragsgivaren har full frihet att utan att ange några skäl avslå de anbud förmedlaren lyckats utverka.³ Även om förmedlaren kan visa, att han erhållit

¹ Se i not 3 nämnd litteratur samt ytterligare *Bengtsson* 1977, 168 och *Nial* 1942, 226.

² *Brækhus* 1947, 347.

³ Denna ståndpunkt är enhälligt accepterad i nordisk doktrin, se t.ex. *Chydenius* 1925, 344, *Stenius* 1947, 58, *Saxén* 1958, 11 ff., *Fehr* 1925, 100, *Sjöman* 1944, 71, *Beckman* 1970, 618, *Brækhus* 1947, 348 och *Frost* 1964, 93 f. Också i finsk rättspraxis rörande mäklarp provision har den angivna ståndpunkten erhållit stöd, se närmare t.ex. HD 1930 II 124, 1930 II 306, 1936 II 309, 1948 II 279 och 1952 II 7 samt framför allt det som redogörelse publicerade fastighetsförmedlingsfallet HD 1945 I 36, där HD uttryckligen slog fast den regel som anges i texten. Praxis har dock länge varit vacklande; en motsatt ståndpunkt antyds sålunda i de äldre fallen HD 1924 d.ref. 25, 1927 II 401, 1931 II 458 och 1940 II 287. Se även HD 1946 II 233, där

ett anbud på de villkor som anges i uppdraget av en fullt betalningsförmögen person, blir han inte berättigad till provision, om uppdragsgivaren vägrat godta detta anbud. För denna regel, som ter sig tämligen sträng mot förmedlaren, har man givit flera motive-
ringar.⁴ Dels anser man det vara väsentligt, att uppdragsgivaren så länge som möjligt bibehåller sin frihet att utan att behöva yppa några skäl avgöra, huruvida han vill ingå ett avtal eller inte. En regel om skyldighet för uppdragsgivaren att betala provision redan på grundval av ett acceptabelt anbud anses också rättstekniskt olämplig: den kunde i många fall leda till svåra tvister kring frågan, huruvida anbudet verkligen kan betraktas som godtagbart eller inte. Strängheten hos regeln att förmedlaren skall bära avslutsrisken kan dessutom också i stor utsträckning anses vara skenbar: ifall anbudet faktiskt är acceptabelt ligger det ju normalt i uppdragsgivarens eget intresse att acceptera det.

I doktrinen är man likväl stundom villig att medge vissa undantag från den nyss angivna regeln och alltså ge förmedlaren rätt till ersättning också i det fall att han blott anskaffat ett acceptabelt anbud, som inte godtagits av uppdragsgivaren.⁵ Om uppdragsgivarens syfte med uppdraget varit illojalt — han har t.ex. givit uppdraget på skämt eller blott för att erhålla kännedom om läget på marknaden, utan att överhuvudtaget ha för avsikt att kontrahera — bör en förmedlare, som anskaffat ett acceptabelt anbud, åtminstone erhålla ersättning för sitt arbete och sina kostnader.⁶ Denna

majoriteten, som dömde ut provision, antagligen stödde sig på ett samtycke av uppdragsgivaren (*Saxén* 1958, 10), samt HD 1932 II 232, HD 1949 II 374 och HD 27. 7. 1965/1686, i vilka fall provisionskravet visserligen förkastades, men med motiveringar, som antyder att ett motsatt resultat varit möjligt, ifall fakta varit andra.

⁴ *Brækhus* 1947, 348 f., *Saxén* 1958, 12 f.

⁵ *Saxén* 1958, 14 uttalar allmänt, att en förmedlare av ett lösöre köp i föreliggande avseende kunde ställas i en mer förmånlig ställning än en fastighetsförmedlare, då den förstnämndas verksamhet mer påminner om en agents. Denna rekommendation påkallar ingen diskussion inom ramen för det föreliggande arbetet.

⁶ *Saxén* 1958, 15. *Brækhus* 1947, 349 vill tillerkänna förmedlaren

begränsning av no cure no pay-regeln ter sig i praktiken tämligen betydelselös, då det uppenbarligen oftast måste vara tämligen omöjligt för förmedlaren att framlägga tillräcklig bevisning rörande uppdragsgivarens avsikter med uppdraget.

Ingenting hindrar givetvis parterna från att i uppdragsavtalet överenskomma om en annan fördelning av avslutsrisken än den som framgår av huvudregeln i dispositiv rätt.⁷ Ifall en sådan överenskommelse träffas i ett standardformulär — vilka ju är allmänna inom föreliggande bransch — följer härvid redan av allmänna principer för tolkning av standardavtal att överenskommelsen måste vara klart uttryckt för att den skall kunna accepteras.⁸ Om man t.ex. överenskommit om, att uppdragsgivaren skall utge ett arvode i form av ersättning för förmedlarens faktiska arbete och kostnader i stället för en procentprovision, skall sålunda detta faktum i sig inte anses utgöra ett tillräckligt skäl för att utdöma denna ersättning oberoende av, huruvida avtal kommit till stånd eller inte.⁹

provision blott vid uppdrag som givits på skämt; i övrigt borde no cure no pay-regeln tillämpas. Se även *Beckman* 1970, 618.

⁷ Regeln om provisionens storlek i FFF § 24.2, enligt vilken man i uppdragsavtalet kan överenskomma om »skyldighet för uppdragsgivaren att, om köp ej kommer till stånd, ersätta förmedlaren de direkta kostnader denna fått vidkännas för uppdraget», syns e contrario ge uttryck för ett förbud mot klausuler som ålägger uppdragsgivaren ett provisionsansvar också då avtal inte kommit till stånd. Denna primärt näringsrättsliga reglering har knappast varit avsedd att medföra ogiltighet för *alla* avtalsklausuler, i vilka man i *något* avseende gjort avsteg från principen no cure no pay; någon antydning om, att man t.ex. velat åstadkomma en förändring av inställningen i rättspraxis till de vanliga klausulerna om skyldighet att acceptera anbud (se härom nedan p. 6.3.), ger man sålunda inte i förarbetena till FFF. I motsvarande regel i FFFörsI § 27.2 har satsen »om köp ej kommer till stånd» utelämnats i syfte att ge möjlighet till avtal om särskild kostnadsrefusion också för det fall att avtal kommer till stånd (*Muistio* 1978, 52 f.); samtidigt har man — uppenbarligen oavsiktligt — avlägsnat möjligheten till en e contrario-tolkning med ovan anført innehåll.

⁸ Se *Wilhelmsson* 1977, 376, 378.

⁹ Jfr *Saxén* 1958, 14 f., som anser att nämnda faktum »kan utvisa, att provisionen skall utgå oaktat intet avtal nås», särskilt då förmedlaren

Ifall man åter i förmedlingsavtalet helt allmänt uttalar, att förmedlaren mot provision förbinder sig att anskaffa en köpare, bör inte heller denna klausul tolkas så, att förmedlaren skulle ha rätt till provision även i det fall att säljaren utan anledning vägrar att ingå avtal med en sådan köpare.¹⁰ Önskar man, att anskaffandet av ett godtagbart anbud skall utgöra en tillräcklig förutsättning för provision, måste man i explicita ordalag ange detta i standardformuläret.

I avtalspraxis på fastighetsförmedlingens område har man i flera avseenden utnyttjat möjligheten att med hjälp av avtalsklausuler åstadkomma en justering av rättsläget till förmedlarnas förmån. Man ålägger sålunda regelmässigt uppdragsgivaren en skyldighet att betala provision redan då förmedlaren anskaffat ett godtagbart anbud; ofta förbehåller man sig också en rätt till ersättning för kostnader även för det fall att arbetet på uppdraget blir helt resultatlöst. Förmedlaren betingar sig vidare regelmässigt rätt till provision ur eventuell handpeng oberoende av om slutligt avtal kommer till stånd. Tillämpningen av dessa utvidgade förutsättningar för provision skall beröras närmare i denna paragraf; först är det dock skäl att belysa den allmänna frågan om verkningarna av att det avtal, som förmedlaren fått till stånd, är giltigt eller hävs.

6.2. AVTALETS GILTIGHET OCH BESTÅND

6.2.1. Utgångspunkter

Man utgår allmänt från, att förmedlaren skall erhålla rätt till provision blott då det avtal som åstadkommits kan betraktas som

inte har förmedling till yrke. — I sistnämnda fall blir uppenbarligen inte de standardavtalsrättsliga principerna tillämpliga, varför det knappast kan sägas föreligga någon klar konflikt mellan *Saxéns* ståndpunkt och den åsikt som förespråkas i texten.

¹⁰ Så även *Saxén* 1958, 16.

giltigt.¹¹ Förklaras det avtal, som förmedlaren åstadkommit, ogiltigt, skall denne i princip gå miste om sin provisionsrätt på grundval av avtalet. Å andra sidan utgör det en lika stadgad utgångspunkt, att förmedlarens rätt till provision inte skall vara beroende av avtalets vidare öden, ifall ett bindande avtal en gång uppkommit. Förmedlaren bär i denna mening *inte* någon *uppfyllelserisk*: ifall den ena avtalsparten försummar att fullgöra sina förpliktelser enligt avtalet och den andra avtalsparten av denna anledning häver avtalet skall detta inte inverka på förmedlarens rätt till provision.¹² Avtalsparterna kan inte heller genom att överenskomma om en annullering av det ursprungliga avtalet eliminera det provisionskrav som förmedlaren erhållit p.g.a. detta avtal.¹³

6.2.2. Ogiltighet p.g.a. fel i viljebildningen m.m.

Ett avtal som förklaras ogiltigt, emedan det tillkommit på ett sätt som gör reglerna i AvtL kap. 3 tillämpliga, emedan någondera avtalsparten är omyndig eller emedan det strider mot god sed, anses

¹¹ Så t.ex. *Chydenius* 1925, 344, *Saxén* 1958, 17, *Fehr* 1925, 100 och *Brækhus* 1947, 350. Så även betr. handelsrepresentants rätt till provision *Kom.miet.* 1971: A 31, 64 och *Telaranta* 1977, 83.

¹² Så t.ex. *Chydenius* 1925, 344, *Saxén* 1958, 17 ff., *Stenius* 1947, 61, *Beckman* 1970, 620, *Bengtsson* 1977, 169 f., *Fehr* 1925, 101, *Tiberg* 1977, 103 och *Brækhus* 1947, 367 ff. Jfr dock *Frost* 1964, 139 ff. — Se ur finsk rättspraxis t.ex. fallen HD 1927 I 58, 1931 II 563 och 1936 II 261. — Förmedlarens culpa med hänsyn till bl.a. val av motpart kan naturligtvis leda till bortfall av provisionsrätt, om motparten inte uppfyller avtalet; denna problematik behandlas närmare nedan i § 8.1.2.

¹³ Se t.ex. HD 1925 d. 200, 1932 II 193, Utl. 2/1976 § 2 samt *Frost* 1964, 151 ff. Speciella omständigheter medförde ett motsatt resultat i HD 1928 II 14: då det hade visats, att förmedlaren hade rått uppdragsgivaren att häva avtalet och att han som dennes biträde varit närvarande vid det tillfälle där avtalet hävdes, och då han sålunda, för att bibehålla sin rätt till provision, innan avtalet om hävning slöts hade bort meddela uppdragsgivaren att han vidhöll sitt provisionskrav, men han hade underlåtit att göra detta, förkastades talan om utfående av provision.

inte ge förmedlaren någon rätt till provision.¹⁴ Denna regel anses gälla oberoende av, huruvida det är uppdragsgivaren eller motparten som åberopar bristen i avtalet, och utan hänsyn till, på vems sida den omständighet som medfört ogiltigheten förelegat. *Saxén* finner likväl, att förmedlaren i dessa fall kan ha rätt till skadestånd av uppdragsgivaren, ifall denne förfarit dolöst eller culpöst.¹⁵ I flertalet fall syns det också helt motiverat att tillerkänna förmedlaren en sådan skadeståndsrätt. Vissa begränsningar i denna rättighet förefaller dock önskvärda för att regeln in casu inte skall leda till olämpligt resultat. Sålunda är det uppenbart, att en förmedlare som varit medveten om ogiltighetsgrunden inte skall kunna kräva ersättning av uppdragsgivaren, om avtalet förklaras ogiltigt; ett medvetet arbete på ett avtal som strider mot god sed, eller en medveten medhjälp till tvång, svikligt förledande l.dyl. bör inte ge förmedlaren någon rätt till ersättning. En motsvarande regel syns på fastighetsförmedlingens område väl kunna motiveras även för det fall att förmedlaren blott borde ha varit medveten om ogiltighetsgrunden.¹⁶ Härigenom kunde man i någon mån undgå de bevissvårigheter, som alltid måste sammanhänga med en regel, som anknyter rättsföljder till den vetskap ett rättssubjekt innehåft. En regel som bygger på en viss skyldighet för förmedlaren att undersöka också uppdragsgivarens handlande syns därtill stå i harmoni med den i FFF § 21.1 uttryckta grundsatsen, att fastighetsförmedlaren är skyldig att »bevaka vardera partens intressen i enlighet med vad god affärssed kräver».¹⁷

¹⁴ *Saxén* 1958, 22 f., *Brækhus* 1947, 352 och *Frost* 1964, 99. Så även betr. handelsrepresentanter *Kom.miet.* 1971: A 31, 64 och *Telaranta* 1977, 83.

¹⁵ *Saxén* 1958, 23.

¹⁶ *Saxén* 1958, 23 uttalar obestämt: »Å andra sidan kan förmedlarens eget beteende ha varit sådant, att han icke kan göra anspråk på ersättning». Se även *Stenius* 1947, 61 f.: »Siinä tapauksessa, että toimeksiantaja voi todistaa, että syynä oikeustoimen purkautumiseen on ollut välittäjä, toisin sanoen, että purkaminen on aiheutunut välittäjän laiminlyönnistä... ei toimeksiantaja ole velvollinen sitä (= palkkiota) suorittamaan».

¹⁷ Motsvarande regel ingår i FFFörl § 25.1.

Det bör särskilt framhävas, att uppdragsgivarens på ovan nämnda sätt begränsade culpa-ansvar gentemot förmedlaren i princip inte utgör något ansvar för den avtalade provisionen. Uppdragsgivaren är på grundval av sin culpa blott skyldig att ersätta förmedlaren de kostnader och det arbete denne nedlagt på att få till stånd det avtal som ogiltigförklarats.

Om den läderade parten i ett avtal, som på ovannämnda grunder kunde förklaras ogiltigt, underlåter att åberopa ogiltigheten och rathaberar avtalet, har förmedlaren givetvis rätt till provision.¹⁸

6.2.3. Ogiltighet p.g.a. formfel

Om det avtal som förmedlaren åstadkommit är ogiltigt p.g.a. formfel — överlåtelse av fastighet har inte skett i den form som föreskrivs i JB 1:2 — har förmedlaren inte någon rätt till provision på basen av detta avtal.¹⁹ Denna regel syns oftast vara acceptabel också för det fall att uppdragsgivaren förfarit culpöst, då avtalet ingicks.²⁰ Fastighetsförmedlaren är den sakkunnige och han brukar normalt bistå avtalsparterna, då avtalet uppgörs. Om han härvid misslyckas i sin uppgift att få till stånd ett i formhänseende korrekt avtal, finns det i regel ingen anledning att tillerkänna honom provision eller annan ersättning.

Om avtalsparterna sedermera med eller utan förmedlarens bistånd ingår ett i formellt avseende riktigt avtal eller om ett avtal, som är behäftat med ett formfel, vinner giltighet med stöd av regeln om klander av fastighetsfång i LagfL § 20, syns det riktigt att även här medge förmedlaren en rätt till provision, som uppkommer vid den tidpunkt då ett slutgiltigt avtal föreligger. Uppdragsgivaren har ju p.g.a. förmedlarens verksamhet nått det mål han eftersträfvade då han anlidade förmedlaren. Om uppdragsgivaren fått vidkännas kostnader för att åstadkomma det nya av-

¹⁸ Så även *Saxén* 1958, 21, *Brækhus* 1947; 355.

¹⁹ *Saxén* 1958, 22 f., *Brækhus* 1947, 352 och *Frost* 1964, 94 f.

²⁰ Jfr dock *Saxén* 1958, 23.

talet eller om han lidit annan ekonomisk skada p.g.a. osäkerheten, huruvida avtalet skall bli bestående, bör han dock ha rätt att göra avdrag för sådan skada från det provisionsbelopp han är skyldig att betala.

6.2.4. Betingade avtal

6.2.4.1. *Suspensivt betingade avtal*

I doktrinen har man fört en viss diskussion kring frågan, vilken rätt förmedlaren har att erhålla provision, då det avtal han fått till stånd innehåller ett suspensivt eller resolutivt villkor. Beträffande verkan av den förstnämnda typen av villkor syns härvid inte råda någon oenighet. Man framhåller såväl i finsk som i nordisk doktrin regelmässigt, att förmedlaren av ett suspensivt betingat avtal erhåller rätt till provision först då betingelsen uppfyllts.²¹ Denna lösning förefaller också i regel acceptabel med hänsyn till principen »no cure no pay». Uppdragsgivarens syfte med uppdraget är förverkligat först då den i villkoret åsyftade omständigheten inträtt. Om förmedlaren vill undgå att lägga ner arbete och kostnader på att få till stånd ett avtal som eventuellt inte ger honom någon utdelning eller som ger honom utdelning först efter en viss tid, kan han söka göra sin medverkan beroende av att provision eller kostnadsersättning utbetalas omedelbart vid avtalslutet. Alltid syns han dock ingalunda vara i stånd till att gardera sig på detta sätt: om han erhåller ett suspensivt betingat anbud är han i kraft av sin lojalitetsplikt gentemot uppdragsgivaren naturligtvis skyldig att vidarebefordra anbudet till denne, som kan godta det suspensivt betingade anbudet även trots att förmedlaren vägrar att medverka vid avtalsslutet. Regelns stränghet mot förmedlaren ter sig dock i praktiken mer skenbar än verklig. Om han förmår

²¹ Saxén 1958, 20 f., Stenius 1947, 63, Beckman 1970, 619, Fehr 1925, 100, Brækhus 1947, 359 och Frost 1964, 99. Så även betr. handelsrepresenterer Telaranta 1977, 83 f.

anskaffa ett lika förmånligt anbud, som inte är suspensivt betingat, ligger det också i uppdragsgivarens intresse att anta detta anbud framom det betingade. Någon konflikt mellan uppdragsgivarens och förmedlarens intressen föreligger normalt inte på denna punkt.

I detta sammanhang är det skäl att särskilt beröra frågan, huruvida den nyss anförda regeln borde äga tillämpning också i fall, där det suspensiva villkoret berör avtalsparts prestationsskyldighet. I villkoret föreskrivs t.ex. att ett köp är suspensivt betingat av att köparen erlägger köpeskillingen eller en del därav. Om man i detta fall gjorde provisionsrätten beroende av att betingelsen uppfylldes skulle ju uppfyllelserisken i strid med det som sagts tidigare²² åläggas förmedlaren. Vid en närmare granskning förefaller denna lösning dock inte oriktig. Genom att inta ett suspensivt villkor av nyssnämnt slag i köpebrevet har säljaren uttryckligen angivit, att han önskar frigöra sig från avtalet och alla dess konsekvenser, ifall köparen inte presterar inom utsatt tid. Ifall förmedlaren inte vill acceptera, att denna frigörelse skall omfatta också skyldigheten att erlägga provision — vilken ju normalt presteras ur själva köpeskillingen — bör han i uppdragsavtalet eller då det förmedlade avtalet sluts söka ta ett uttryckligt förbehåll om motsatsen. Om så inte sker, medför alltså det suspensiva villkoret rörande erläggandet av köpeskillingen att också förmedlarens rätt till provision blir suspensivt betingad.²³

I princip är det tänkbart, att uppdragsgivaren och motparten överenskommer om att blott skenbart göra ett avtal suspensivt betingat för att därigenom fördröja uppkomsten av skyldigheten att erlägga provision åt förmedlaren. Kan förmedlaren visa, att den

²² Se ovan s. 88.

²³ Så även *Saxén* 1958, 20, som dock gör undantag för det fall att uppdragsgivaren »sält en sak genom ett ordinärt avbetalningsköp och förbehållit sig äganderätten till saken till dess köpesumman erlagts, men överlåtit saken i köparens besittning och medgivit en betalningstid på något eller några år» och för andra liknande fall, samt NJA 1916, 378 (ref. bl.a. av *Beckman* 1970, 619). Av motsatt uppfattning är uppenbarligen *Brækhus* 1947, 361.

suspensiva betingelsen har detta syfte, bör han erhålla rätt till provision omedelbart vid avtalsslutet. Detta undantag från huvudregeln syns dock vara övervägande teoretiskt, då det i praktiken måste vara svårt att påvisa att den suspensiva betingelsen blott utgör ett skenvillkor.

6.2.4.2. *Resolutivt betingade avtal*

Bedömningen av inverkan av en resolutiv betingelse har inte varit lika enhetlig i litteraturen. *Stenius* framhåller sålunda, att provisionen vid avtal av detta slag slutgiltigt förfaller till betalning redan då avtalet ingås,²⁴ medan *Saxén* och *Brækhus* förordar en mer skönsbetonad lösning, enligt vilken man borde fästa avseende vid, huruvida det redan inom en kort tid efter avtalsslutet kommer att stå klart om villkoret uppfylls. Om detta är fallet påminner det resolutiva villkoret om ett suspensivt villkor och borde behandlas som ett sådant, medan regeln att rätt till provision uppkommer redan vid avtalsslutet borde gälla blott för övriga fall.²⁵ Detta synsätt förefaller ge en bättre utgångspunkt för bedömningen än ett strikt fasthållande vid distinktionen mellan suspensiva och resolutiva villkor. Det är knappast motiverat att på mer eller mindre formella grunder dra en skiljelinje mellan villkor, som innehållsmässigt helt överensstämmer med varandra. Ett villkor, enligt vilket köpet återgår ifall köpeskillingen inte erläggs inom utsatt tid, bör ha samma verkningar som ett motsvarande suspensivt villkor, d.v.s. det bör göra förmedlarens rätt till provision betingad av att köpeskillingen presteras.²⁶

²⁴ *Stenius* 1947, 63. Så även betr. handelsrepresentanter *Telaranta* 1977, 84.

²⁵ *Saxén* 1958, 21 och *Brækhus* 1947, 361. *Fehr* 1925, 100 not 3 finner att »villkorets natur ofta bör giva vägledning i det särskilda fallet»; in dubio bör det »ligga närmast att antaga, att återbetalningsskyldighet icke föreligger».

²⁶ Så även *Saxén* 1958, 20.

De nyssnämnda reglerna äger tillämpning främst vid överlåtelse av bostadsaktie (samt vid legoavtal). Vid fastighetsköp är däremot resolutiva villkor, som känt, »utan kraft och verkan» enligt F, innefattande stadganden till förebyggande af olämpliga förbehåll vid fastighetsköp och jordegendoms öfverdrifna betungande med sytning och andra besvär (i 21/1864). Ett avtal med ett sådant villkor är därför i regel²⁷ fullt bindande oberoende av, huruvida betingelsen uppfylls eller inte. Uppdragsgivaren kan i detta fall därför inte vägra utge provision med hänvisning till, att avtalet p.g.a. betingelsen inte vore slutgiltigt. En annan sak är, att han — om det resolutiva villkoret var avsett att verka till hans förmån — i stället ofta kan ha rätt att lämna provisionen obetald med hänvisning till förmedlarens försumliga handlande.²⁸

6.2.5. Avsaknad av makes samtycke

6.2.5.1. Huvudregeln

Enligt ÄL § 38 må make inte föryttra »fast egendom, vari andra maken har giftorätt, utan att denne skriftligen därtill samtyckt». Om maken företar en sådan åtgärd, »vare den ogill, om andra maken därå talar inom sex månader sedan han det veta fick». Detta lagrum ger upphov till frågan, huruvida en fastighetsförmedlare, som på uppdrag av säljaren fått till stånd ett avtal om fastighetsköp, har rätt att erhålla (eller behålla) provisionen för detta avtal, ifall säljarens make vägrar ge sitt samtycke till avtalet och avtalet härigenom — p.g.a. makes talan eller p.g.a. att avtalsparterna frivilligt låter köpet återgå — inte blir bestående. — Om avtalet består p.g.a. att make inte utnyttjar sin rätt att kräva ogiltigförklaring

²⁷ Resolutiva villkor vid fastighetsköp har inte helt utan undantag ansetts vara ogiltiga, se t.ex. *Zitting—Rautiala* 1976, 283.

²⁸ Se närmare om bortfall av rätt till provision p.g.a. förmedlarens försummelse nedan § 8.

av avtalet, syns det givet, att förmedlaren erhåller en rätt till provision vid den tidpunkt, då avtalet blivit slutgiltigt.

Frågan om verkan av att makes samtycke saknas har givit upphov till ställningstaganden i nordisk litteratur och rättspraxis. I norsk rätt fränkänner *Brækhus* förmedlaren rätt till provision i ett motsvarande fall²⁹ och i svensk och dansk rätt förekommer rättsfall i samma riktning.³⁰ I Finland förespråkar däremot *Saxén*, som inte gör någon skillnad mellan den föreliggande frågan och spörsmålet om verkan av andra begränsningar i säljarens behörighet att förfoga över egendomen (varför han också i föreliggande sammanhang kan åberopa det nedan refererade rättsfallet HD 1938 II 561), en mer nyanserad lösning, enligt vilken uppdragsgivarens makes vägran att ge sitt samtycke inte obetingat skall medföra befrielse från skyldighet att utge provision. Sådan befrielse kommer dock i fråga, om uppdragsgivaren visar, »att hans hustrus vägran skett under sådana omständigheter, att det varit oskäligt att betunga honom med provisionens erläggande, t.ex. om han haft full anledning tro att hans hustru gäve sitt samtycke och att hon kanske t.o.m. på förhand lovat giva detta. Möjligen bör förmedlaren i dylika fall likväl tillerkännas en viss skälig ersättning för sitt arbete och sina utgifter, såframt man icke kan påbürda honom någon försummelse i det att han t.ex. haft anledning att kontrollera sin huvudmans behörighet».³¹

Den lösning som förordats i det övriga Norden förefaller mer acceptabel som huvudregel i det föreliggande fallet än den skönsregel *Saxén* på grundval av rättspraxis uppställt; det kan knappast ens inom ramen för en prejudikatcentrerad rättskällelära betraktas som nödvändigt att vid lösningen av den aktuella frågan följa ett rättsfall, som dels berör en annan fråga (verkan av uteblivet samtycke av den ena samägaren till en fastighet) och som dels — vilket

²⁹ *Brækhus* 1947, 366.

³⁰ NJA 1947, 120 — se härom *Beckman* 1970, 619, som behandlar frågan i samband med spörsmålet om rätten till provision vid suspensivt betingade avtal — respektive *Frost* 1964, 98 f.

³¹ *Saxén* 1958, 26.

senare skall framgå — kan betraktas som föråldrat också med hänsyn till regleringen av denna fråga. Fastighetsförmedlaren bör inneha sakkunskap beträffande de rättsregler som gäller för överlåtelse av fastighet, medan uppdragsgivaren ofta kanske inte ens är medveten om, att samtycke av make bör utverkas. Av de allmänna reglerna i FFF om förmedlarens skyldigheter att ge upplysningar åt parterna och anskaffa utredning över avtalsobjektet syns man också kunna sluta sig till en undersökningsplikt för förmedlaren i föreliggande avseende.

Ifall uppdragsgivaren givit uppdraget medveten om, att hans make inte i någon händelse skulle ge sitt samtycke till en överlåtelse, syns av den tidigare anförda regeln om ersättningsskyldighet vid uppdrag som givits utan någon kontraheringsavsikt³² följa, att uppdragsgivaren i detta fall kan bli skyldig att ersätta förmedlaren det arbete och de kostnader denne nedlagt på uppdraget. Någon egentlig provisionsrätt uppkommer däremot inte heller i denna situation. En motsvarande regel syns i regel lämplig också för det fall att uppdragsgivaren mot bättre vetande uttryckligen uppger för förmedlaren att maken har givit sitt samtycke till att fastigheten överlåts. En i uppdragsavtalet intagen allmän försäkras, att uppdragsgivaren »inte är förhindrad att försälja»³³ avtalsobjektet, kan dock inte anses innefatta en sådan uppgift; uppdragsgivaren har kanske överhuvudtaget inte varit medveten om, att uteblivet samtycke av make utgör hinder för försäljningen.

6.2.5.2. *Uppdrag med klausul om skyldighet att acceptera anbud*

I avsnitt 6.3. framgår, att uppdragsavtalen i avtalspraxis i regel innehåller klausuler, enligt vilka förmedlaren skall ha rätt till provision också i det fall, att uppdragsgivaren »vägrar sälja på avtalade

³² Se ovan s. 85.

³³ Citerat ur FFmf:s allmänna formulär för uppdrag rörande försäljning av aktier resp. fastigheter.

villkor». Förekommer en sådan klausul i uppdragsavtalet syns den ovan anförda regeln om verkan på förmedlarens provisionsrätt av uteblivet samtycke av make inte kunna upprätthållas. HD har nämligen i ett nyare rättsfall uttryckligen slagit fast, att makes vägran att ge sitt samtycke till köpet inte skall frånta förmedlaren rätten till provision, ifall uppdragsavtalet är uppgjort på nyssnämnda villkor:

HD 1967 II 63. Enligt uppdragsavtalet mellan ägaren av en fastighet och en förmedlare hade förmedlaren rätt att erhålla provision också i det fall, att ägaren vägrade ingå avtal på överenskomna villkor. Fastighetsköpet gick om intet på den grund att säljarens make inte givit sitt samtycke till försäljningen. Provision utdömdes likväl, då säljaren enligt uppdragsavtalet ansågs skyldig att utge provision också under de föreliggande omständigheterna (omr. 4—1). Minoriteten ansåg, att förmedlaren inte hade rätt till provision, då avtal inte kommit till stånd; då förmedlaren hade haft grundad anledning att anta, att säljaren försäkrat sig om sin makas samtycke, skulle han likväl ha rätt till en skälig ersättning för sina kostnader.

Då, såsom senare skall framgå, en klausul av här nämnt slag inte bör hindra uppdragsgivaren att vägra acceptera ett anbud, ifall han kan anföra ett godtagbart skäl för vägran, syns det uppenbart, att också maken bör kunna vägra att ge sitt samtycke, om hon har en acceptabel anledning härtill, med verkan att förmedlaren går miste om sitt provisionskrav.

6.2.6. Brister i säljarens rätt till avtalsobjektet

6.2.6.1. Huvudregeln

I viss mån analog med den problematik som behandlats i föregående avsnitt är frågan, huruvida förmedlaren bör erhålla provision för ett avtal som inte blir bestående p.g.a. brister i säljarens rätt till avtalsobjektet. Problemställningen kan illustreras med följande rättsfall:

HD 1938 II 561. En person hade gett en förmedlare i uppdrag att sälja hans fastighet för 210 000 mk och förbundit sig att betala 10 000 mk i provision efter att köpet avslutats. Förmedlaren hade anskaffat en köpare, men något köp hade inte kommit till stånd, då uppdragsgivarens maka, som tillsammans med uppdragsgivaren var ägare till fastigheten, inte hade gått med på avtalet. Då uppdragsgivaren inte förmått visa, att detta förhinder enligt uppdragsavtalet skulle befria honom från skyldigheten att betala provision, förpliktades han att erlægga den avtalade provisionen.

Detta rättsfall förefaller ge vid handen, att man vid begränsningar i överlåtarens behörighet skulle behandla provisionsspörsmålet på ett sätt, som står i diametral motsättning till huvudregeln »no cure no pay». En så långtgående tolkning av rättsfallet är likväl ingalunda nödvändig: som redan ovan har framgått, har sålunda *Saxén* på grundval av domens formulering — »inte förmått visa» — förordat en skönsregel för det föreliggande fallet.³⁴ Vidare innehöll uppdragsavtalet i det aktuella fallet uttryckligen en klausul, enligt vilken provisionen skulle erläggas också ifall uppdraget återkallades under den tid uppdraget skulle gälla;³⁵ man kunde därför på goda grunder göra gällande, att den regel, som knäsatts i rättsfallet, inte varit avsedd att generaliseras så att den skulle omfatta också sådana uppdrag där en motsvarande klausul saknas. I dag kan man slutligen också hävda, att rättsfallet måste betraktas som föråldrat, dels emedan det gavs under en tid, då rättspraxis rörande den allmänna frågan om uppdragsgivarens skyldighet att godta anbud ännu var vacklande,³⁶ och dels emedan det sedermera i FFF § 23³⁷ givits uttryckliga bestämmelser om fastighetsförmedlarens skyldighet att kontrollera uppdragsgivarens rätt till avtalsobjektet.

Det nyss refererade rättsfallet förefaller sålunda inte utgöra något hinder för att man även i det föreliggande fallet tillämpar

³⁴ *Saxén* 1958, 26.

³⁵ *Saxén* 1958, 24.

³⁶ Se ovan denna paragraf not 3.

³⁷ FFFörsI § 26.

huvudregeln, enligt vilken blott ett giltigt avtal ger rätt till provision. Detta innebär dock inte, att förmedlaren i detta fall aldrig borde erhålla någon ersättning. Det syns tvärtom vara på sin plats att här relativt ofta tillerkänna honom en rätt till skadestånd, som omfattar det arbete och de kostnader han nedlagt på uppdraget.³⁸ Ifall förmedlaren iakttagit sina skyldigheter enligt FFF § 23 och erhållit eller anskaffat de handlingar som erfordras för att utreda säljarens rätt till avtalsobjektet, har han i praktiken knappast några ytterligare möjligheter att undersöka uppdragsgivarens behörighet. Om förmedlaren uppfyllt denna undersökningsplikt utan att erhålla kännedom om det rätta förhållandet ligger det därför nära till hands att anse uppdragsgivaren skadeståndsskyldig gentemot honom, ifall uppdragsgivaren förfarit culpöst, d.v.s. inte befann sig i kvalificerad god tro beträffande bristen i behörigheten.³⁹ Om förmedlaren däremot underlåtit att på stadgat sätt undersöka förhållandena eller om han erhållit upplysning om, att exempelvis ett samäganderättsförhållande föreligger, bör han själv bära den skada han lider p.g.a. att en samägare inte ger sitt samtycke till försäljningen och avtal härigenom inte kommer till stånd. Ifall uppdragsgivaren mot bättre vetande uttryckligen meddelat att samägares samtycke föreligger syns man likväl också i sistnämnda fall kunna tillerkänna förmedlaren ett skadeståndskrav.

6.2.6.2. Uppdrag med klausul om skyldighet att acceptera anbud

Också här kan man ställa frågan, huruvida förekomsten i uppdragsavtalet av en klausul, enligt vilken förmedlaren skall ha rätt

³⁸ Också *Saxén* 1958, 26 f. betonar, att här är fråga om ett skadeståndskrav och inte något krav på provision enligt uppdragsavtalet.

³⁹ Så även *Saxén* 1958, 25. — Om förmedlaren utfört en sakenlig undersökning och på grundval av denna upptäckt bristen i behörigheten, vilket lett till att uppdraget avbrutits, syns han också berättigad till ersättning för kostnader och arbete i samband med undersökningen åtminstone i det fall att uppdragsgivaren förfarit culpöst.

till provision också i det fall, att uppdragsgivaren »vägrar sälja på avtalade villkor», skall påverka bedömningen av förmedlarens rätt till provision. Inledningsvis kan ett rättsfall anföras:

HD 1943 II 280. En person hade givit förmedlaren i uppdrag att sälja hans fastighet bl.a. på villkor att provisionen skulle erläggas också om han sedermera vägrade sälja. Då förmedlaren anskaffat en köpare visade det sig, att uppdragsgivaren inte ensam ägde fastigheten, då hans barn från första äktenskapet såsom arv efter deras mor erhållit äganderätten till en del av den. Köpet förföll därför, då uppdragsgivaren förklarade sig kunna svara blott för sin egen andel. Förmedlaren krävde såsom avtalad provision 6 200 mk, då uppdragsgivaren vägrat ingå avtalet. HärR förkastade talan, medan HovR utdömde en skälig ersättning för besvär och kostnader uppgående till 4 000 mk. HD: emedan uppdragsgivaren lämnat den ifrågavarande fastigheten till försäljning utan att, som han bort göra, ta reda på, att han inte ensam ägde hela fastigheten, och han sålunda var skyldig att utge provision till förmedlaren, som inte hade visats äga kännedom om äganderättsförhållandena och inte heller kunde anses vara skyldig att göra sig förtrogen med dem innan han skred till förmedlingsåtgärder, fann HD inte skäl till ändring i HovR:s dom, då det utdömda beloppet inte översteg den sagda provisionen. — Det är skäl att här observera, ett endast uppdragsgivaren sökte ändring i HD.

Motiveringen av HD:s avgörande visar klart, att rättsfallet måste betraktas som föråldrat. Numera ingår det ju, som ovan nämnts, i FFF § 23 uttryckliga bestämmelser om fastighetsförmedlares skyldighet att kontrollera uppdragsgivarens rätt till avtalsobjektet. Just i den typ av situationer, som berörs i rättsfallet, d.v.s. i fall där uppdragsgivaren saknat kännedom om inskränkningarna i rätten till avtalsobjektet, ligger det också nära till hands, att man inte ens i fall, där uppdragsavtalet innehåller en klausul, enligt vilken provision skall erläggas redan då förmedlaren anskaffat en köpare, låter uppdragsgivaren strikt svara för bristerna i hans rätt. Denna konsekvens av det nämnda avtalsvillkoret har uppdragsgivaren ju inte kunnat förutse, då uppdraget gavs, i det han vid denna tidpunkt ju saknade den härför erforderliga vetskapen. På grundval av dessa

synpunkter kunde man hävda, att man också då det i uppdragsavtalet ingår en klausul av nämnt slag borde utgå från den ovan angivna huvudregeln: endast om förmedlaren uppfyllt sin undersökningsplikt utan att komma bristerna i säljarens rätt på spåren och uppdragsgivaren inte befunnit sig i kvalificerad god tro borde ersättning för kostnader och arbete utdömas. Mot denna lösning kunde främst anföras det i föregående avsnitt refererade rättsfallet HD 1967 II 63, där den i stort sett analoga problematiken rörande verkan av uteblivet samtycke av make, som har giftorätt i fastigheten, ju bedömdes på annat sätt: förmedlaren erhöll rätt till full provision, då maken vägrade ge sitt samtycke till köpet. Det är möjligt, att detta rättsfall måste betraktas som ett tillräckligt starkt argument för en likadan lösning åtminstone i fall, där t.ex. makar eller föräldrar och barn gemensamt äger avtalsobjektet och någon av samägarna inte går med på försäljningen. Däremot förefaller det lättare att förbigå rättsfallet i situationer, där bristerna i uppdragsgivarens rätt till avtalsobjektet är av den karaktären, att analogin till den situation som avses i ÄL § 38 inte är lika uppenbar.

6.2.7. Tillstånd av myndighet

I litteraturen och i rättspraxis råder enighet om, att provision inte skall utgå, ifall det utgör en förutsättning för avtals giltighet, att myndighet ger tillstånd till avtalet, och sådant tillstånd inte erhållits.⁴⁰ Detta innebär bl.a., att provision för ett fastighetsköp,

⁴⁰ Se *Saxén* 1958, 27 f. och *Stenius* 1947, 60 f. Se även *Brækhus* 1947, 363 ff. Ur finsk praxis kan nämnas rättsfallen HD 1938 I 45, som refereras i texten, samt HD 1945 II 50 och 1946 II 85, i vilka fall tillstånd till överlåtelse av fastighet enligt L om inskränkning i rätten att förvärva fastighet (629/1942) inte erhållits av vederbörande länsstyrelse, varför respektive förmedlare dömdes att återbetala den provision han erhållit p.g.a. köpavtalet. Se även HD 1936 II 261, där en förmedlare av ett köp av lokomobiler inte erhöll provision för de lokomobiler, som inte kunnat levereras p.g.a. exportförbud. Avgörandet kritiserar av *Saxén* 1958, 29. — Det är skäl

för vilket domstols eller förmyndarenämnds tillstånd bör utverkas enligt Förml §§ 39—40, skall presteras först då detta tillstånd erhållits. Denna regel gäller oberoende av om omyndigheten föreligger på uppdragsgivarens eller på motpartens sida. Också i det fall att uppdragsgivaren representeras av en förmyndare är provisionskravet alltså betingat såväl av att förmyndaren ansöker om domstolens tillstånd till överlåtelsen som av att tillståndet ges:

HD 1938 I 45. En förmyndare hade för sina minderåriga barns räkning givit en förmedlare i uppdrag att sälja barnens fastighet. Provision skulle enligt villkoren i uppdragsavtalet utgå om fastigheten såldes eller om en person, som förmådde uppfylla betalningsvillkoren, under uppdragets giltighetstid meddelade sig vilja köpa fastigheten, men förmyndaren vägrade, eller om en person, som hade rätt till detta, förhindrade köpet. Ett köpavtal ingicks under medverkan av förmedlaren, som krävde avtalsenlig provision. HD uttalade, att då uppdragsgivaren och förmedlaren i uppdragsavtalet som villkor för provisionskravet måste ha förutsatt, att rättens tillstånd skulle erhållas, och då sådant inte utverkats och avtalet sålunda blivit ogiltigt enligt Förml § 41 och det dessutom efter gemensamt samtycke av avtalsparterna återgått, skulle förmedlaren inte ha rätt till provision (omr.; ett justitieråd ville liksom RR och HovR utdöma provision, då parterna överenskommit om att låta avtalet återgå utan att man ens hade ansökt om rättens godkännande).

I det refererade rättsfallet har den nyssnämnda regeln accepterats fullt ut också för det fall att uppdragsavtalet innehåller en klausul, enligt vilken kontraheringsvägran skall leda till skyldighet att erlægga provision. Inte ens i sistnämnda fall bär, enligt den regel

att betona, att den regel som nämns i texten gäller blott för fall, där själva överlåtelseavtalet blir ogiltigt p.g.a. att tillstånd inte erhålls. Den begränsning i förvärvsbehörigheten hos vissa rättssubjekt som uppställts genom UtlFastL påverkar sålunda inte säljarens skyldighet att utge provision vid försäljning av fastighet till ett sådant rättssubjekt, då ju överlåtelsen här inte blir ogiltig om tillstånd förvägras (*Zitting—Rautiala 1976, 205*). Verkan av att markförvärvstillstånd enligt MarkförvärvsL inte beviljas torde böra bedömas på samma sätt.

som fastslagits i rättsfallet, uppdragsgivaren sålunda provisionsansvar, om han underlåter att söka vederbörligt tillstånd till köpet; förmyndaren kan m.a.o. utan hinder av den nämnda klausulen utan angivande av skäl frånta förmedlaren hans rätt till provision ur myndlingens medel genom att underlåta att söka tillstånd till försäljningen.⁴¹ Den i den omyndiges intresse statuerade handlingsfriheten för förmyndaren måste gälla också i förhållande till förmedlaren. Då förmyndare, som lovat söka tillstånd till ett köp, men underlåtit detta, kan bli såväl personligen som i egenskap av förmyndare dömd att betala ersättning till köparen för de kostnader denne haft i samband med avtalsslutet (negativa avtalsintresset),⁴² syns det likväl möjligt, att förmyndaren och myndlingen enligt samma princip kan anses skyldiga att till förmedlaren utge ersättning för dennes kostnader i samband med avtalsslutet, om uppdraget givits på nyssnämnda villkor och tillstånd inte söks.

Då förmyndaren genom att underlåta att söka tillstånd kan reducera skyldigheten att betala provision till en skyldighet att utge ersättning för kostnader, kunde man hävda, att han genom en enkel kontraheringsvägran borde kunna uppnå samma resultat. Det syns inte vara motiverat att tvinga förmyndaren att ingå ett avtal, som han har för avsikt att undkomma genom att inte söka vederbörligt tillstånd. FörML:s regler om överlåtelse av omyndigs fastighet bör m.a.o. medföra, att klausulen om provisionsansvar vid försäljningsvägran har endast begränsade verkningar — medför blott kostnadsansvar — vid uppdrag rörande försäljning av omyndigs fastighet.

Om den omyndige efter att han blivit myndig godkänner fastighetsköpet och det därigenom erhåller giltighet⁴³ bör avtalad provi-

⁴¹ Avtalets giltighet är här beroende av förmyndarens aktivitet; köparen anses ju inte ha rätt att ansöka om tillstånd till överlåtelsen, se *Rautiala* 1975, 85, *samma* 1977, 82 samt *Saarenpää—Mattila—Mikkola* 1972, 113 och de av dessa författare nämnda rättsfallen HD 1929 II 606, 1929 II 607 och 1965 II 13 (omr.).

⁴² Se t.ex. HD 1978 II 4.

⁴³ Se härom t.ex. *Zitting—Rautiala* 1976, 102, *Rautiala* 1977, 35 ff.

sion presteras, om provisionskravet ännu inte är preskriberat. En motsatt regel skulle ge avtalsparterna goda möjligheter att i samförstånd undandra förmedlaren hans rätt till provision, särskilt i fall, där den omyndiga avtalsparten inom kort skall uppnå myndig ålder.

6.3. KLAUSULER OM SKYLDIGHET ATT ACCEPTERA ANBUD

6.3.1. Avtalspraxis

Som tidigare nämnts, gör man i avtalspraxis flera undantag från principen, att endast avtal ger rätt till provision. Såsom det kanske mest betydelsefulla undantaget kan nämnas den regelmässiga avvikelser från principen, att uppdragsgivaren kan undandra sig skyldighet att betala provision blott genom att vägra acceptera ett anbud som förmedlaren anskaffat. I de allmänna formulär för uppdragskontrakt vid förmedling av aktier respektive fastigheter som fastställts av FFmf ingår sålunda följande bestämmelse:

»Jag förbinder mig att erlægga förmedlingsarvodet ... ifall jag ... vägrar sälja på avtalade villkor ...»

En till innehållet likadan klausul ingår också både i de uppdragsformulär, som begagnas av de fyra stora bankanknutna förmedlingsbolagen,⁴⁴ och i de formulär, som inom ramen för undersökningen av avtalspraxis erhållits från andra fastighetsförmedlare utanför FFmf. Det är m.a.o. uppenbart, att denna reglering genomgående utnyttjas av fastighetsförmedlarna.

⁴⁴ Ett av de bankanknutna förmedlingsbolagen hade i ett av sina formulär utelämnat klausulen. I detta formulär skulle den emellertid ha varit onödig, emedan man här i stället givit förmedlaren fullmakt att själv för uppdragsgivarens räkning sluta bindande avtal till överenskommet pris.

6.3.2. Rättslig bedömning

6.3.2.1. Allmänt

Provisionskravet vid vägran att acceptera anbud påminner starkt om ett slags avtalsvite.⁴⁵ Det syns därför inte otänkbart att man med hänvisning till den princip som kommit till uttryck i AvtL §§ 36—37 kunde bortse från det avtalade provisionsbeloppet om det efter omständigheterna ter sig oskäligt högt. Den allmänna skälighetsprincip som har influerat i bl.a. KSL 4:1 talar naturligtvis också för en sådan lösning; som tidigare nämnts, har ju den sistnämnda generalklausulen avsetts bli tillämplig bl.a. just i sådana fall, där man genom bestämmelser i standardavtal på ett oskäligt sätt avviker från den dispositiva rättens regler. I detta sammanhang kan även nämnas ett rättsfall, där HD utan angivande av grund nedsatte ett provisionskrav till skäligt belopp.⁴⁶

HD 1943 II 127. En fastighetsägare hade lämnat sin lägenhet till försäljning för ett pris av minst 1 250 000 mk och samtidigt förbundit sig att åt förmedlaren i provision betala 4 % av köpeskillingen och minst 50 000 mk. Provisionen skulle erläggas också ifall ägaren vägrade att sälja fastigheten. Förmedlaren hade anskaffat en spekulant, men uppdragsgivaren hade vägrat att sälja med hänvisning till att han, då uppdraget gavs, var så berusad att han inte kunde ingå bindande avtal. RR och HovR förkastade p.g.a. berusningen förmedlarens krav på provision med hänvisning till AvtL § 33. HD fann, att AvtL § 33 inte var tillämplig i detta fall, men nedsatte provisionsbeloppet till skäligbefunna 5 000 mk (omr. 3—2; minoriteten ansåg, att uppdragsgivaren varit så berusad, då han gav uppdraget, att han kunde anses sakna rättshandlingsförmåga).

⁴⁵ *Saxén* 1958, 16 f.

⁴⁶ I rättspraxis har klausuler av i texten behandlad typ tillämpats fullt ut i fallen HD 1929 II 668 och 23.4.1965/1188. I det sistnämnda fallet innehöll uppdraget därtill en klausul, enligt vilken uppdragsgivaren själv hade samma rätt som förmedlaren att sälja fastigheten. Då uppdragsgivaren inte visat, att han träffat avtal med den köpare han anskaffat innan han fått uppgift om den köpare förmedlaren anskaffat, ålades han att utge full provision.

En regel, enligt vilken provisionskravet vid vägran att acceptera anbud kan nedsättas till ett skäligt belopp, harmonierar också med de regler om uppdragsgivarens rätt att återkalla uppdraget som utvecklas nedan.⁴⁷ — Senare skall också framgå, att det särskilt då det förflutit en lång tid sedan uppdraget gavs ofta ligger nära till hands att helt bortse från klausulen om skyldighet att acceptera anbud.⁴⁸

6.3.2.2. Kontraheringsvägran p.g.a. godtagbart skäl

Syftet med klausulen om skyldighet att acceptera anbud är främst att frigöra förmedlaren från att vara beroende av uppdragsgivarens godtycke. I den mån klausulen tillämpas mot rent godtyckliga och ogrundade avslag av anbud syns den också kunna accepteras som grund för utdömande av viss ersättning åt förmedlaren inom de ramar som nyss angivits. Däremot syns en tillämpning, enligt vilken uppdragsgivaren vore skyldig att betala provision också då han kan framställa vägande skäl för sin kontraheringsvägran, i så hög grad tillgodose förmedlarens intressen på bekostnad av uppdragsgivarens att den inte generellt bör godtas — ens med begränsade verkningar — vare sig i skenet av de principer som gäller för tolkning av standardavtal eller med hänsyn till de ovannämnda skälighetsreglerna. Trots den allmänna formuleringen måste man därför läsa den här aktuella klausulen på följande sätt: »Jag förbinder mig att erlägga skäligt förmedlingsarvode ifall jag utan godtagbart skäl vägrar sälja på avtalade villkor».

Vid tillämpningen av den nyssnämnda principen uppkommer naturligtvis problemet, vilka skäl som kan betraktas som godtagbara. Man kan tänka sig åtminstone två slag av invändningar mot det avtal förmedlaren föreslagit: dels invändningar rörande den

⁴⁷ Se nedan § 7.3.2.4.

⁴⁸ Se nedan s. 137.

anbudsgivare förmedlaren framskaffat och dels en mer generell inriktad kontraheringsvägran, som grundar sig på förändringar i omständigheterna efter det uppdraget gavs. I det förstnämnda fallet syns främst invändningar rörande anbudsgivarens betalningsförmåga — ifall köpeskillingen inte presteras kontant — vara tänkbara. Om uppdragsgivaren gör gällande, att han vägrat acceptera anbudet p.g.a. brister i den presumtiva köparens solvens, måste ett sådant skäl anses godtagbart.⁴⁹ Det är härvid givetvis uppdragsgivarens sak att visa de fakta han stött sig på vid bedömningen av solvensen. Man bör uppenbarligen i detta hänseende inte kräva, att uppdragsgivaren kan visa, att anbudsgivaren de facto varit insolvent; uppdragsgivaren bör undgå skyldighet att utge provision redan om han kan påvisa, att det vid den tidpunkt då han hade att ta ställning till anbudet förelåg omständigheter, som gav grundad anledning till tvivel rörande anbudsgivarens möjligheter att prestera köpeskillingen på i anbudet angivet sätt. Om sådana omständigheter förelegat har han ju vid denna tidpunkt haft ett godtagbart skäl för vägran att acceptera anbudet.

Det är inte uteslutet, att även andra omständigheter i anslutning till anbudsgivarens person kan betraktas som godtagbara skäl för kontraheringsvägran. Ett företag, som säljer en lägenhet i en fastighet där det själv bedriver verksamhet, kan t.ex. ha ett acceptabelt intresse i att vägra försäljning till ett konkurrerande företag inom samma bransch. En rent subjektiv motvilja mot den föreslagna avtalsparten bör däremot i regel knappast utgöra ett sådant godtagbart skäl för avslag som här avses.

Anför uppdragsgivaren, att han inte önskar sälja avtalsobjektet till den anbudsgivare, som förmedlaren anskaffat, emedan han p.g.a. förändringar i förhållandena på hans sida — ändringar i hans ekonomiska ställning, arbetsförhållanden eller personliga förhållanden — överhuvudtaget inte längre vill avhända sig avtalsobjektet, ställs problemet i en något annan dager. Här grundas uppdragsgivarens

⁴⁹ Se även *Stenius* 1947, 58 f. och *Saxén* 1958, 16.

kontraheringsvägran inte på egenskaper (brister) hos den anbudsgivare som förmedlaren anskaffat, utan på omständigheter på uppdragsgivaren sida, vilka han åtminstone för några månader framåt ofta rimligen borde kunna förutse. I dessa fall är det därför inte uteslutet att man stundom bör acceptera åtminstone ett krav på en skälig ersättning. De motiv uppdragsgivaren anför för sin kontraheringsvägran bör härvid naturligtvis beaktas vid bedömningen av, vilket belopp som bör anses skäligt i ifrågavarande fall.

Ifall det sker en allmän betydande förändring i prisläget bör uppdragsgivaren kunna kräva, att förmedlaren tillvaratar hans intressen och inte längre utbjuder fastigheten till det i uppdraget avtalade lägre priset.⁵⁰ Uppdragsgivaren bör därför också ha rätt att i sådana fall vägra att acceptera ett anbud till underpris, trots att anbudet överensstämmer med uppdraget.

6.3.2.3. *Anbud med acceptabla villkor*

Av den klausul, som citerats i inledningen till föreliggande avsnitt, framgår, att uppdragsgivaren skall bli skyldig att utge provision blott om han vägrar att acceptera ett anbud, som överensstämmer med de försäljningsvillkor man avtalat om i uppdraget. Det är uppenbart, att denna begränsning bör intolkas i klausulen, även ifall den inte explicit omnämns.⁵¹

Om man i uppdraget blott intagit uppgift om den köpeskilling säljaren önskar erhålla, medan man lämnat frågan om betalnings-

⁵⁰ Se även *Erme* 1978, B/54: om förmedlaren noterar, att läget väsentligen förändrats från det som förutsattes, då uppdraget gavs, bör han kontakta uppdragsgivaren och träffa nytt avtal eller begära nya direktiv.

⁵¹ Se även *Stenius* 1947, 59. I det äldre rättsfallet HD 1929 II 55 förkastades förmedlarens krav på provision med hänvisning till att ett av honom anskaffat anbud inte överensstämde med de ändrade villkoren i uppdraget; någon klausul om provisionsansvar vid kontraheringsvägran omnämns inte i rättsfallsreferatet.

villkoren öppen, uppkommer spørsmålet, huruvida uppdragsgivaren kan vägra acceptera ett anbud med hänvisning till, att han inte godtar det betalningssätt anbudsgivaren föreslår. Det är uppenbart, att någon sådan begränsning måste intolkas i den föreliggande klausulen;⁵² en vägran att acceptera ett anbud, enligt vilket uppdragsgivaren förbinder sig att betala den i uppdraget angivna köpeskillingen t.ex. om tio år, kan inte rimligtvis ge förmedlaren någon rätt till provision. Det syns dock svårt att mer precist ange var man bör dra gränsen mellan anbud som bör accepteras, och anbud, som fritt kan förkastas. Man kan uppenbarligen i varje händelse såsom en utgångspunkt ta de betalningstider och -sätt som är sedvanliga vid köp av ifrågavarande slag på ifrågavarande ort.

Ett anbud, som med hänsyn till köpeskillingen överensstämmer med uppdraget, kan naturligtvis också innehålla andra villkor, vilka är av den karaktären, att uppdragsgivaren inte bör anses ådra sig skyldighet att betala provision också om han avslår anbudet. Om anbudet t.ex. innehåller ett suspensivt eller resolutivt förbehåll, kan man knappast kräva, att uppdragsgivaren binder sig vid en på detta sätt osäker affär, särskilt ifall det kan förväntas dröja en tid, innan avtalets slutliga öde blir klarlagt.

6.3.2.4. *Förmedlarens försummelse*

Om förmedlaren förfarit ohederligt mot uppdragsgivaren eller vanskött uppdraget på ett sådant sätt, att han bör anses ha förverkat sin rätt till provision, om avtal sluts, kan uppdragsgivaren naturligtvis också vägra att sluta avtalet utan risk för att bli skyldigkänd att erlägga provision.⁵³

⁵² Jfr även HD 1949 II 374: då förmedlaren inte visat, att han hade anskaffat en köpare, som hade kunnat prestera köpeskillingen på det sätt, att uppdragsgivaren skäligen bort nöjas härmed, förkastades kravet på provision.

⁵³ Se närmare nedan § 8.2. Se även *Erme* 1978, B/55.

6.4. RÄTT TILL PROVISION UR HANDPENG

6.4.1. Avtalspraxis

I uppdragsavtalen ges fastighetsförmedlaren i regel rätt att motta handpeng av en presumtiv köpare. Fastighetsförmedlarna förbehåller sig vidare oftast en viss rätt till provision om spekulant lämnat handpeng, men avtal trots detta inte kommer till stånd. Sålunda ingår i de formulär för uppdragskontrakt som fastställts av FFmf följande klausul:

»Skulle köpet inte uppstå till följd av orsaker, som beror på köparen, och handpenningen därför tillfaller säljaren, har mäklaren rätt till ersättning i enlighet med arvode för utfört uppdrag dock högst till handpenningens belopp eller till hälften av handpenningens belopp därest avtalets giltighet förlängs.»

Avtalspraxis är likväl inte helt enhetlig på denna punkt. Vissa förmedlare förbehåller sig alltid rätt till full provision ur handpengen,⁵⁴ medan andra åter begränsar provisionen till hälften av handpengens belopp utan hänsyn till om uppdraget förlängs eller inte. Två av de bankanknutna förmedlingsbolagen begagnar blott formulär med sistnämnda innehåll, medan ett bankanknutet förmedlingsbolag har en sådan klausul i några av sina formulär. I ett annat formulär som också begagnas av det sistnämnda bolaget saknas klausuler om provision ur handpeng helt. Ett annat bankanknutet förmedlingsbolag samt några andra förmedlare, som står utanför

⁵⁴ I de formulär, som undersökts, förekommer inte några klausuler, som skulle ge förmedlaren provision utöver handpengens belopp. Se betr. en sådan situation Utl. 6/1974 § 9, där man uttalade, att förmedlaren genom att godta en alltför liten handpeng (1 000 mk), ur vilken uppdragsgivaren inte kunde prestera den avtalade provisionen (3 000 mk), hade försummat sin skyldighet att bevaka uppdragsgivarens intressen, varför han inte hade rätt att kräva provision utöver handpengens belopp. Se allmänt betr. inverkan av förmedlarens försummelser på provisionsrätten nedan § 8.

FFmf, har likaledes helt utelämnat klausulen om provision ur handpeng från sina formulär. I de fall, där denna klausul saknas, blir naturligtvis den dispositiva huvudregeln »no cure no pay» gällande: förmedlaren kan inte kräva provision ur handpeng om slutgiltigt avtal inte kommer till stånd p.g.a. köparens vägran att fullfölja avtalet.

6.4.2. Rättslig bedömning

6.4.2.1. Handpengen bör tillfalla säljaren

En klausul i uppdragsavtalet, som ger förmedlaren rätt att utta provision ur handpeng, är givetvis bindande blott i förhållande till uppdragsgivaren. Som redan tidigare påpekats,⁵⁵ utgör det därför en förutsättning för förmedlarens provisionskrav, att handpengen i relationen mellan avtalsparterna skall tillfalla uppdragsgivaren, ifall köpet går om intet p.g.a. motpartens vägran att ingå avtalet. Denna förutsättning har också uttryckligen uttalats i den klausul, som ovan citerats, samt i de övriga motsvarande klausuler som påträffats i avtalspraxis. Om ifrågavarande del av klausulen skulle utelämnas från uppdragsavtalet skulle slutresultatet enligt det som nyss sagts likväl vara detsamma: förmedlaren skulle vid försäljningsuppdrag ha rätt till provision ur den handpeng, som köparen erlagt, blott under förutsättning att köparen inte har rätt att återfå handpengen av säljaren om avtalet inte kommer till stånd.

Frågan, huruvida ett penningbelopp, som givits av en spekulant, skall tillfalla säljaren om avtal inte kommer till stånd, skall i princip avgöras på grundval av en tolkning av det föravtal (det kvitto) som uppgjordes då beloppet presterades; härvid utgör det inte något obetingat avgörande kriterium att man begagnat termen »handpeng» i det ifrågavarande avtalet.⁵⁶ Då fastighetsförmedlare mottar hand-

⁵⁵ Se ovan s. 78.

⁵⁶ Se *Muukkonen* 1967, 4. — Om parterna gemensamt överenskommer om att avstå från avtalet, bör handpengen naturligtvis i regel återbetalas

peng på säljarens vägnar brukar man regelmässigt uttryckligen ange, att handpengen skall tillfalla säljaren om köparen vägrar ingå slutligt avtal. FFmf har exempelvis för sina medlemmar låtit trycka en blankett med rubriken köpanbud/avtal om handpeng, vilken undertecknas av köparen och förmedlaren, då handpengen ges. I denna blankett anges uttryckligen, att handpengen skall gå förlorad såsom avtalsvite, ifall köparen förorsakar att köp inte uppkommer på de villkor som man överenskommit om. Vid förmedling av bostadsaktie vållar därför klausulen om provision ur handpeng i regel inte några problem i föreliggande avseende: då handpengen uttryckligen avtalats tillfalla säljaren, om köparen bär skuld till att avtal inte kommer till stånd, kan förmedlaren, som uppburit handpengen, ur denna utta sin i uppdragsavtalet fastställda provisionsfordran, innan han överlåter eventuellt återstående del av handpengen till uppdragsgivaren.

Vid köp av fastighet är det däremot inte lika klart, att det nyss refererade förfarandet innehåller tillräckliga garantier för förmedlarens provisionsfordran. Formkravet i JB 1:2 medför nämligen här ytterligare komplikationer. Ifall avtalet om handpeng inte uppgjorts i den form, som anges i detta lagrum, kunde man hävda, att ifrågasvarande föravtal borde betraktas som ogiltigt och sakna rättsverknningar; handpengen borde följaktligen i sin helhet återlämnas till köparen och förmedlaren skulle härigenom gå miste om sin provision. I den rättsvetenskapliga litteraturen och i rättspraxis är man likväl numera inte beredd att godta så långtgående konsekvenser av formkravet vid fastighetsköp. Man har valt en mellanväg: säljaren anses inte tvungen att till köparen återställa den del av handpengen som behövs för att täcka de kostnader han i onödan fått vidkännas genom de resultatlösa avtalsförhandlingarna (det negativa avtals-

i sin helhet, om annat inte avtalas. I ett sådant fall har förmedlaren givetvis ingen rätt att från handpengen avdra sitt provisionskrav, jfr det uppenbart felaktiga utlåtandet UtL 5/1974 § 5. En annan sak är att man i dessa fall stundom eventuellt kunde ge förmedlaren rätt till provision av uppdragsgivaren med stöd av klausulen om provisionsansvar vid kontraheringsvägran.

intresset).⁵⁷ I ett relativt färskt rättsfall har HD också uttalat, att de nyssnämnda kostnaderna skall omfatta också den provision förmedlaren erhållit på grundval av uppdragsavtalet.⁵⁸

HD 1971 II 51. Enligt ett skriftligt föravtal angående köp av fastighet, vilket inte bevitnats av ett offentligt köpvittne, hade köparen i handpeng betalat 17 500 mk, av vilken summa 2 400 mk vid det tillfälle då avtalet undertecknades utbetalades som provision åt den person, som förmedlat köpet. Då köpet sedermera inte kom till stånd, krävde köparen bl.a. att återfå handpengen i dess helhet. RR och HovR förpliktade säljaren att återställa handpengen med avdrag för förmedlingsprovisionen, d.v.s. att återställa 15 100 mk. HD: då det ifrågavarande föravtalet inte uppgjorts med iakttagande av formbestämmelserna i JB 1:2 och då säljaren därför, fastän hon visat, att köparen förorsakat att avtal inte kommit till stånd, inte hade rätt att av den erlagda handpengen kvarhålla mer än den del som motsvarade de onödiga kostnader hon fått vidkännas, och då hon inte visat, att hon hade haft andra sådana kostnader än de 2 400 mk hon erlagt åt fastighetsförmedlaren, fann HD inte skäl till ändring i det slutresultat HovR nått.

Den regel som HD fastställt i det refererade rättsfallet — att erlagd förmedlarprovision kan avdras från den handpeng som skall återbetalas — kan inte logiskt begrundas med hänvisning till den i texten tidigare nämnda generella regeln, enligt vilken säljaren har rätt att avdra ersättning för det negativa avtalsintresset. Enligt det som tidigare sagts är säljaren i förhållande till förmedlaren skyldig att prestera provision ur handpeng blott i den mån han i förhållande till köparen har rätt att behålla handpengen. Här uppkommer därför en cirkel: säljaren får behålla handpengen bl.a. i den utsträckning han belastas av utgifter i form av provision och han får å andra sidan belastas av provisionsutgifter blott i den mån han får behålla handpengen. Logiskt sett kunde man därför lika väl acceptera den lösning som HD godtagit som den motsatta lös-

⁵⁷ Se *Godenhjelm* 1958, 233, *Hakulinen* 1962, 203, *Muukkonen* 1960, 114 och *samma* 1967, 6.

⁵⁸ Regeln upprepas även i Utl. 9/1973 § 3.

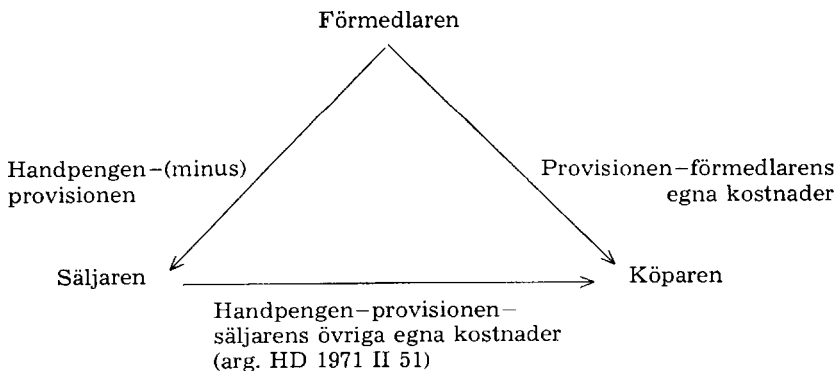
ningen, enligt vilken säljaren skulle anses skyldig att återställa handpengen ogravverad av provisionskostnader och förmedlaren följaktligen inte skulle ha någon rätt till provision. Andra skäl än hänsynen till konsistensen i rättssystemet talar emellertid för den lösning HD valt: förmedlaren lyfter regelmässigt provisionen omedelbart när handpeng erlagts och om säljaren skyldigkändes att åt köparen återställa hela handpengen skulle han för att undgå förlust i sin tur bli tvungen att kräva åter provisionen av förmedlaren. Det är knappast lämpligt, att det besvär och den risk som kan vara förbundna med ett sådant krav åläggs den oskyldiga avtalsparten, säljaren. I förhållandet mellan säljare och köpare måste man därför acceptera den lösning, som angivits av HD. Säljaren bör alltså kunna göra avdrag för den provision som förmedlaren uppburit, då han återställer handpengen till köparen.

Av den nyss anförda motiveringen framgår emellertid vidare, att man av det refererade HD-avgörandet ingalunda behöver dra slutsatsen, att förmedlaren i förhållande till köparen bör ha rätt att behålla hela den provision han uttagit ur handpengen. Säljaren skulle ju få avräkna provisionen från den handpeng han återställer till köparen, därför att han inte borde åläggas risken och kostnaderna för ett återkrav av provisionen från förmedlaren; detta argument hindrar inte, att man ger köparen rätt att själv rikta ett sådant krav mot förmedlaren. Många skäl talar också för en sådan lösning. De argument som man i litteraturen anført mot säljarens rätt att behålla handpengen — främst att en sådan rätt skulle innebära ett påtryckningsmedel mot köparen, som skulle stå i strid med de åskådningar rörande behovet av moget övervägande som anses ligga bakom formregeln i JB 1: 2⁵⁹ — kan lika väl anföras mot en regel, som låter förmedlaren behålla en provision som t.o.m. kan uppgå till handpengens belopp. En regel med sistnämnda innehåll skulle

⁵⁹ *Muukkonen* 1960, 115. *Godenhielm* 1958, 233 påpekar åter, att de kostnader säljaren skall ha rätt att avdra måste »hållas inom rimliga gränser; ännu är ju det slutliga köpeavtalet icke slutet och föravtalet är principiellt icke bindande».

dessutom ha den konsekvensen, att köparens rättsliga ställning skulle variera kraftigt beroende på om säljaren använt sig av förmedlare eller inte. Om säljaren själv sökt sälja fastigheten är köparen ju skyldig att från handpengen avstå blott den summa som täcker säljarens annonserings- m.fl. kostnader, medan däremot provisionen till förmedlaren ju i regel är avsevärt högre än detta belopp. Med hänsyn till dessa argument förefaller det också vara en riktigare lösning, att även i förhållandet mellan köpare och förmedlare upprätthålla regeln att rätten till ersättning ur handpengen blott bör omfatta kostnader som motsvarar det negativa avtalsintresset. Enligt detta borde alltså en presumtiv köpare av en fastighet, som utan iakttagande av formkraven i JB 1:2 betalt handpeng, ur vilken förmedlaren uttagit provision, ha rätt att av förmedlaren återkräva den del av provisionen, som överstiger de kostnader förmedlaren haft i samband med arbetet på ifrågavarande avtal.⁶⁰

De regler om skyldighet att återbetala i fri form given handpeng vid fastighetsköp som här förfäktats kan sammanfattas i följande figur, där pilarna anger betalningsskyldighetens riktning:



⁶⁰ Ifall förmedlaren förfarit culpöst gentemot spekulanten kan denna ha rätt att återkräva hela provisionen, se härom nedan § 8.3.

6.4.2.2. Jämkning av provision

Om förmedlaren erhållit provision ur handpeng och herefter sålt avtalsobjektet åt annan person, skall han i enlighet med villkoren i uppdragsavtalet ånyo erhålla provision för det slutgiltiga köpet.⁶¹ Vid bedömningen av frågan om en eventuell jämkning av det senare provisionsbeloppet bör man likväl beakta den provision som först uppburits ur handpengen — samtidigt som man givetvis även måste ta i betraktande de extra kostnader och arbete förmedlaren ådragit sig genom det anbud som inte ledde till något avtal.

Också i det fall, att förmedlaren aldrig får till stånd en försäljning av avtalsobjektet, utan får nöja sig med den provision han uttagit ur handpengen, kan jämkning av provisionen komma i fråga. Särskilt om förmedlaren med stöd av villkoren i uppdragsavtalet kunnat utta ett så stort provisionsbelopp, att den resterande delen av handpengen, som skall tillfalla uppdragsgivaren, inte täcker den skada denne lidit p.g.a. att avtal uteblivit, ligger det nära till hands att skyldigkänna förmedlaren att till förmån för uppdragsgivaren avstå från en del av den provision han enligt avtalsvillkoren skulle ha rätt till.⁶²

Utl. 4/1976 § 5. En köpare hade 28. 6. 1976 givit en handpeng på 3 000 mk, men avbeställt köpet 22. 8. 1976. Förmedlaren behöll handpengen som provision. Då säljaren/uppdragsgivaren hade haft grundad anledning att anta, att köpet skulle komma till stånd, hade

⁶¹ Så även Utl. 2/1974 § 3, i vilket man inte ansåg sådan dubbelprovision stå i strid med FFF eller med gott affärsskick.

⁶² Särskilt om förmedlaren mottagit en med hänsyn till allmän praxis alltför liten handpeng, ligger det nära till hands att jämka provisionskravet. Jfr Utl. 4/1975 § 9, där handpengen med beaktande av omständigheterna ansågs tillräcklig. Likväl nedsattes provisionen med hänvisning till, att förmedlaren såtillvida försummat att bevaka uppdragsgivarens intresse, att han underlåtit att rekommendera, att handpengsavtalet skulle uppgöras såsom ett föravtal i den form som anges i JB 1:2. Se allmänt betr. inverkan av förmedlarens försummelse på hans rätt till provision nedan § 8.

hon själv reserverat en bostadsaktie och för den betalat en handpeng på 1 000 mk. Då säljaren p.g.a. köpets återgång sålunda haft direkta kostnader, fann utskottet skäligt, att förmedlaren skulle erlägga 1 000 mk till henne.

6.4.2.3. Jämkning av handpeng

Stundom kan det givetvis också bli aktuellt att jämkna själva handpengens belopp i förhållandet mellan säljare och köpare.⁶³ Ifall detta sker, kan det leda till att förmedlarens provision också förminskas, då ju förmedlaren i princip har rätt till provision blott i den utsträckning säljaren får behålla handpengen i förhållande till köparen. Om man — såsom ofta är fallet — angivit, att högsta gränsen för förmedlarens provision skall ligga vid handpengens halva belopp, syns man vidare också vid tillämpningen av denna bestämmelse ha att utgå från det jämkade beloppet av handpengen. Förmedlaren skall m.a.o. ha rätt till högst hälften av det belopp säljaren slutgiltigt får behålla i förhållande till köparen och inte till hälften av den ursprungligen givna handpengens belopp. Genom att inta en klausul av det nämnda slaget i uppdragsavtalet har man velat med samma belopp tillgodose såväl förmedlarens som uppdragsgivarens krav på ersättning för olägenheter till följd av att avtal uteblir; det syns inte kunna anföras något skäl för att frånga denna fördelningsprincip, när handpengen jämkas.

⁶³ Så även *Muukkonen* 1967, 5. Jfr dock *Norri* 1977, 133, enligt vilken AvtL §§ 36—37 skulle medföra, att jämkning inte kunde komma i fråga, då handpengen »utan förbehåll guldits». Detta argument kan inte vara riktigt: begränsningarna i möjligheterna att jämkna avtalsvite berör uttryckligen situationer, där den skyldige efter avtalsbrottet utan protest erlägger avtalat vite och därigenom visar, att han »ansett detsamma skäligt» (*LP* 2/1925, 69). I lagtexten utsågs detta också uttryckligen: jämkning utesluts blott om »förverkat vite utan förbehåll guldits». Se även *LP* 2/1925, 69: »Om däremot ett avtalsvite erlagts innan det förverkats... vore den, som erlagt vitet, enligt förslaget berättigad att senare av vad han erlagt söka så mycket åter, som enligt bestämmelserna i förslaget är skäligt». Så även *Förslag* 1914, 153.

6.5. KOSTNADSERSÄTTNING

Som redan tidigare framgått, skall den dispositiva huvudregeln »no cure no pay» omfatta ersättning såväl för det arbete förmedlaren utfört som för de kostnader han nedlagt på uppdraget. Om förmedlarens arbete inte leder till något resultat skall han sålunda enligt denna huvudregel inte ha rätt att kräva ersättning av uppdragsgivaren ens för de direkta kostnader han haft i samband med försöken att utföra uppdraget.⁶⁴ Om åter avtal kommer till stånd eller provisionen i övrigt förfaller till betalning, skall provisionen, om annat inte uttryckligen avtalats, anses omfatta ersättning även för förmedlarens kostnader; någon kostnadsrefusion utöver provisionen kommer sålunda enligt huvudregeln inte i fråga.⁶⁵

I FFF § 24.2 ges, som tidigare nämnts, fastighetsförmedlare rätt att överenskomma »om skyldighet för uppdragsgivaren att, om köp ej kommer till stånd, ersätta förmedlaren de direkta kostnader denna fått vidkännas för uppdraget». Denna möjlighet utnyttjas också allmänt i avtalspraxis. Sålunda innehåller t.ex. de avtalsformulär som fastställts av FFmf följande kostnadsklausul:

»Uppdragsgivaren deltar i de försäljningskostnader detta uppdrag medför med ett belopp, som motsvarar annonskostnaderna och . . . kostnader, dock högst med . . . mk därest uppdraget inte leder till köp.»

Också andra varianter av kostnadsklausuler kan påträffas i avtalspraxis. Ett bankanknutet förmedlingsbolag stipulerar i sina

⁶⁴ Så t.ex. *Saxén* 1958, 13, *Fehr* 1925, 99 f. och *Brækhus* 1947, 455 samt Utl. 1/1976 § 7. Av annan uppfattning är dock *Chydenius* 1925, 345. Jfr också det något speciella rättsfallet HD 1945 II 70, där ett bolag gav en förmedlare i uppdrag att förhandla om en ammunitionsleverans till den kinesiska regeringen. Förhandlingarna ledde inte till något resultat, men leveransen kom till stånd med hjälp av en annan förmedlare. Den första förmedlaren ansågs ha rätt till ersättning för de kostnader han haft för förhandlingarna.

⁶⁵ *Saxén* 1958, 8, *Fehr* 1925, 99 och *Brækhus* 1947, 455.

formulär, att uppdragsgivaren, om avtal inte kommer till stånd, i ersättning för annons- och kontorskostnader skall erlägga ett i uppdragsavtalet angivet belopp.⁶⁶ Två bankkanknutna förmedlingsbolag begagnar ingen allmän kostnadsklausul, utan de har nöjt sig med en speciell klausul, enligt vilken uppdragsgivaren skall erlägga ett bestämt belopp i annonseringskostnader blott om han önskar, att en särskild annonsering om den salubjudna egendomen skall äga rum. Ett bankkanknutet bolag har i sina allmänna formulär både en generell kostnadsklausul lik den som rekommenderas av FFmf och den nyss refererade speciella klausulen. Detta bolag begagnar dessutom i sina särskilda formulär för förmedling av nybyggnadsproduktion en kostnadsklausul, enligt vilken uppdragsgivaren utan begränsningar ansvarar för annonserings- och liknande kostnader. Enligt denna klausul — liksom också enligt de ovan omtalade speciella kostnadsklausulerna — skall uppdragsgivaren m.a.o. utge kostnadsersättningen också då avtal kommer till stånd och förmedlaren även erhåller provision.⁶⁷

I FFmf:s formulär för uppdragskontrakt ingår vidare en bestämmelse, enligt vilken »mäklaren har rätt och fullmakt att på uppdragsgivarens bekostnad anskaffa de vid köpet behövlige, i förordningen om fastighetsförmedlare nämnda handlingarna».⁶⁸ Motsvarande klausuler ingår också bl.a. i tre av de bankkanknutna för-

⁶⁶ En klausul med denna formulering syns svårtolkad. Skall uppdragsgivaren alltid — vilket klausulen syns förutsätta — prestera det angivna beloppet eller skall han blott erlägga de faktiska kostnaderna för annonsering m.m. upp till den gräns som anges i klausulen? Med hänsyn till den i texten citerade bestämmelsen i FFF — som man uppenbarligen sökt kringgå med hjälp av den föreliggande klausulen — syns den senare tolkningen vara att föredra.

⁶⁷ Kostnadsklausuler av detta slag syns inte vara tillåtna enligt FFF, se *Muistio* 1978, 52 f., varför det är möjligt att de också i civilrättsligt hänseende borde åsidosättas i situationer, där avtal kommit till stånd. I motsvarande regel i FFFörl § 27.2 har begränsningen »om köp ej kommer till stånd» bortlämnats, se ovan denna paragraf not 7.

⁶⁸ De handlingar förmedlaren har att förete säljaren, då egendom salubjuds och då köp avslutas, uppräknas i FFF § 23 (FFFörl § 26).

medlingsbolagens uppdragsformulär. Också dessa kostnader vill man uppenbarligen ha ersatta såväl då avtal kommer till stånd som då uppdraget inte leder till resultat. I det sistnämnda fallet har uppdragsgivaren givetvis ett intresse i att erhålla de handlingar förmedlaren anskaffat, för att kunna utnyttja dem, ifall han senare själv eller genom annan förmedlare ånyo söker sälja avtalsobjektet. Han bör därför kunna göra sin prestation av denna kostnadsersättning avhängig av, att förmedlaren tillställer honom de nämnda handlingarna.

Praxis att begagna någon form av kostnadsklausuler i uppdragsformulären är inte helt undantagslös. Bland de uppdragsformulär, som insamlats vid undersökningen av avtalspraxis inom fastighetsförmedlingsbranschen, förekommer det flera, i vilka fastighetsförmedlarens kostnader överhuvudtaget inte berörs. Har uppdraget givits på ett sådant formulär, skall enligt den dispositiva huvudregeln någon särskild ersättning för förmedlarens kostnader inte erläggas.

§ 7. ÖVRIGA FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR PROVISION

7.1. INLEDNING

Förutom den centrala förutsättning för rätten till provision, som behandlats i föregående paragraf — att avtal kommer till stånd — brukar man allmänt nämna tre övriga betingelser för en mäklares provisionskrav:

- det bör föreligga ett orsakssamband mellan förmedlarens verksamhet och avtalet,
- avtalet bör ha tillkommit inom uppdragstiden,
- avtalet bör överensstämma med uppdraget.

De nämnda förutsättningarna är naturligtvis dispositiva och i avtalspraxis förekommer regelmässigt klausuler, som i olika avseenden förskjuter rättsläget till förmedlarens förmån. Främst kan nämnas klausulerna om ensamrätt, som utesluter kravet på kausalitet, samt de klausuler, som utsträcker provisionsansvaret till att omfatta vissa avtal som ingåtts efter uppdragstiden. Det är skäl att påpeka, att man vid bedömningen av verkan av sådana klausuler måste se uppdragsavtalet som en helhet. Ofta kan en enskild fråga inte lösas utan hänsyn till de regleringar uppdragsavtalet innehåller på andra punkter och till det sätt, på vilket dessa regleringar bedömts. Reglerna om uppdragstiden blir sålunda beroende av, huruvida uppdraget innehåller en klausul om ensamrätt och om skyldighet att acceptera anbud. Rättsverkan av klausulen om skyldighet att acceptera anbud bör delvis vara avhängig av

den ståndpunkt, som omfattats rörande frågan om verkan av att ett uppsägbart uppdrag återkallas o.s.v.

7.2. ORSAKSSAMBAND OCH ENSAMRÄTT

7.2.1. Dispositiv rätt

Om annat inte avtalats, åtnjuter en förmedlare inte någon ensamrätt. Uppdragsgivaren kan ge samma uppdrag åt flera förmedlare utan att av denna anledning bli skyldig att betala (mång)dubbel provision om avtal kommer till stånd. Om uppdragsgivaren själv lyckas sälja avtalsobjektet utan förmedlarens hjälp, har förmedlaren i princip inte heller någon rätt till provision; provisionskravet är betingat av, att förmedlaren utfört någon verksamhet inom ramen för uppdraget, vilken kan betecknas som en orsak till köpavtalets tillkomst.¹

Frågan, hur omfattande verksamhet från förmedlarens sida som bör ligga bakom avtalet för att förmedlaren skall anses ha rätt till provision, har väckt livlig debatt. I den finska doktrinen (främst *Saxén*) har man härvid tagit en utgångspunkt i regeln, att en förmedlare, som anvisat sin uppdragsgivare den person, med vilken han ingår avtalet, normalt bör ha rätt till provision för dett avtal. Också då förmedlarens insats blott omfattat en anvisning av en hugad spekulant, med vilken uppdragsgivaren sedermera upptagit förhandlingar och nått ett avtal, skall förmedlaren alltså i regel ha rätt till provision för detta avtal.² Om uppdragsgivaren redan

¹ Se t.ex. *Saxén* 1958, 38, *Stenius* 1947, 64, *Fehr* 1925, 102, *Beckman* 1970, 613, *Bengtsson* 1977, 169, *Brækhus* 1947, 393 och *Frost* 1964, 154, 173 samt HD 1948 II 279 och 1952 II 7. Se även *Sjöman* 1944, 72 ff.

² Så t.ex. *Saxén* 1958, 39 ff., *Stenius* 1947, 64 samt ur rättspraxis HD 1934 II 89 och 1935 II 432. Se också motiveringen i HD 1938 II 29. Jfr de tidigare fallen HD 1922 d. 439 och 1932 II 193 och kommentarerna till dem hos *Saxén* 1958, 41 f. Se även t.ex. *Beckman* 1970, 613 f. och *Sjöman* 1944, 77 ff.

tidigare haft kännedom om den blivande motparten och hans intresse för att kontrahera³ eller om den motpart som anvisats av förmedlaren kan betraktas som en allmänt känd spekulant,⁴ anses enbart en anvisning likväl inte vara tillräcklig för att ge förmedlaren rätt till provision, om avtalet slutits utan hans bistånd. Det utgör vidare en förutsättning för rätten till provision att det föreligger ett kausalsamband mellan anvisningen och det avtal som kommit till stånd; om avtalet uppkommit oberoende av anvisningen (eller av förmedlarens verksamhet i övrigt) skall förmedlaren inte erhålla någon provision.⁵ Varje orsakssamband är inte heller tillfyllest i detta avseende: man kräver, att förmedlarens verksamhet utgjort en väsentlig orsak till avtalets tillkomst.⁶

Om förmedlaren ger en tänkbar motpart upplysningar om avtalsobjektet utan att underrätta uppdragsgivaren härom och mot-

³ Se *Saxén* 1958, 43 och *Stenius* 1947, 62 samt HD 1938 II 29 och det nedan s. 146 refererade HD 1970 II 46. Se även HD 1940 II 174, där en förmedlare, som inte gjort annat än uppgivit namnet på den person, som på gårdsägarens vägnar ägde sluta hyresavtal rörande en biograflokal, vilken uppdragsgivarna meddelat sig vilja hyra, inte tilldömdes provision, utan blott en skälig ersättning för det besvär han haft. Se vidare också det något speciella fallet HD 1945 II 100. Betr. nordisk litteratur kan hänvisas till *Beckman* 1970, 611.

⁴ Se *Saxén* 1958, 43 samt *Beckman* 1970, 611 och *Nial* 1942, 226.

⁵ Se *Saxén* 1958, 44 ff. samt HD 1941 II 192. I HD 1934 II 89 syns de lägre domstolarna — i motsats till HD — ha antagit att tillräckligt orsakssamband saknades, varför talan om erhållande av provision förkastades i dessa instanser. Se även *Sjöman* 1944, 80 ff.

⁶ Se t.ex. *Saxén* 1958, 45 samt *Brækhus* 1947, 399. Om underhandlingarna mellan förmedlaren och avtalsparterna avbrutits och parterna senare själva eller med hjälp av annan förmedlare åstadkommer ett avtal, skall man sålunda enligt *Saxén* 1958, 44 avgöra in casu huruvida ett tillräckligt kausalsamband föreligger. Se även *Brækhus* 1947, 407 f. samt *Nial* 1942, 225 f. och *Fehr* 1925, 104. Jfr *Stenius* 1947, 64, som utgår från att (den första) förmedlaren i regel skall ha rätt till provision för avtal som uppkommit efter avbrott i de underhandlingar, i vilka denna förmedlare deltagit; om de nya underhandlingarna kommit i gång på initiativ av tredje man kan denna regel dock ifrågasättas. Samma huvudregel uttalas också av *Beckman* 1970, 614.

parten sedermera utan förmedlarens bistånd sluter avtal med uppdragsgivaren, skall enligt flertalet författare uppdragsgivaren i regel vara skyldig att utge provision blott om han vid avtalsslutet haft eller bort ha kännedom om, att motparten var anskaffad av förmedlaren.⁷

I litteraturen råder delade meningar om, hur provisionsfrågan borde lösas, ifall uppdragsgivaren anlitat flera förmedlare, vilka på något sätt bidragit till avtalets tillkomst. Vissa författare anser, att uppdragsgivaren i regel inte bör skyldigkännas att utge mer än enkel provision, varvid den förmedlare som först givit uppdragsgivaren anvisning på motparten borde erhålla provisionen.⁸ Andra framhåller, att varje förmedlare, som medverkat till avtalets tillkomst på ett sådant sätt, att han enligt de allmänna reglerna borde erhålla full provision, i princip borde bibehålla denna rätt också då andra förmedlare medverkat till avtalet. Då uppdragsgivaren härigenom skulle bli skyldig att prestera dubbel (eller mångdubbel)

⁷ Se *Saxén* 1958, 48 f., *Brækhus* 1947, 402, 409 f. och *Fehr* 1925, 103 f. Jfr dock *Stenius* 1947, 64, som inte anser det utgöra en tillräcklig grund för provision, att förmedlaren enbart tagit kontakt med motparten utan att ge uppdragsgivaren upplysning härom. *Beckman* 1970, 611 f. är oklar på denna punkt: han framhåller å ena sidan att det inte är »tillräckligt att mäklaren trätt i förbindelse med sin huvudmans medkontrahent utan att lämna huvudmannen någon anvisning därom», medan han å andra sidan konstaterar, att »en medkontrahent, som på grund av mäklarens annons satt sig i direkt förbindelse med huvudmannen... är att anse såsom anvisad av mäklaren». Från finsk rättspraxis kan nämnas flera fall, där man förkastat förmedlarens krav på provision då han utan att meddela uppdragsgivaren haft kontakt eller förhandlat med motparten i avtalet: se HD 1938 II 593, 1941 II 121 och 1952 II 36. Måhända kan också HD 1939 II 108 och 1939 II 112 nämnas i detta sammanhang.

⁸ Se *Fehr* 1925, 103 och *Beckman* 1970, 615, 617, vilka medger att delning av provisionen i undantagsfall kan komma i fråga, samt *Tiberg* 1977, 103, enligt vilken uppdragsgivaren är berättigad att »betala till den som från hans utgångspunkt förefaller att ha sammanfört parterna», och *Stenius* 1947, 62 f., som fäster avseende vid vilken av förmedlarna som först givit anvisning på en betalningsförmögen kontrahent. Viss kritik mot *Fehrs* och *Beckmans* ståndpunkt anförs av *Sjöman* 1944, 86 ff.

provision, anser man dock att det i sådana fall undantagsvis kan komma i fråga att nedsätta den provision envar förmedlare skall erhålla med beaktande av den verksamhet var och en av dem har presterat.⁹

7.2.2. Avtalspraxis

En avsaknad av ensamrätt innebär betydande nackdelar för förmedlarna. Risken för att de lägger ned kostnader och arbete på ett uppdrag utan att erhålla någon ersättning härför ökar naturligtvis, om uppdragsgivaren samtidigt själv eller med hjälp av en annan förmedlare kan sälja avtalsobjektet. Uppdragsgivaren och en motpart, som genom förmedlarens annonsering eller andra försäljningsåtgärder fått kännedom om avtalsmöjligheten, kan också genom att själva ingå avtalet söka undandra förmedlaren provisionen för det avtal han på nyssnämnt sätt medverkat till. Det är därför inte överraskande, att förmedlarna i uppdragsavtalen söker skydda sig mot dessa risker med hjälp av klausuler om ensamrätt. I fastighetsförmedlingsbranschen utgör det också regel, att förmedlarna förbehåller sig en ensamrätt att inom uppdragstiden sälja den egendom som uppdraget omfattar. T.o.m. i FFmf:s moralkodex (§ 10) påpekas, att »mäklaren må eftersträva ensamrättsavtal för att förhindra splittring och oklarheter vid utbudet och för att därigenom garantera uppdragsgivaren en bättre service».

I de formulär för uppdragskontrakt som fastställts av FFmf anges, att förmedlaren erhåller »ensamrätten att förmedla» eller »ensamförsäljningsrätten till» den egendom uppdraget omfattar. Ifall uppdragsformulären skulle innehålla blott dessa eller något liknande uttryck, skulle en uppdragsgivare, som via annan förmed-

⁹ Se *Saxén* 1958, 50 ff. och *Brækhus* 1947, 443. I rättsfallet HD 1934 II 89 erhöll den första förmedlaren provision; då den andra förmedlarens eventuella rätt till provision inte prövades i fallet, är avgörandet förenligt såväl med de åsikter som refererats vid denna not som med de ståndpunkter som återgivits vid föregående not.

lare slutit ett avtal, i princip endast vara skyldig att till den första förmedlaren betala ersättning för den förlust denne lidit genom brottet mot klausulen om ensamrätt. I praktiken skulle detta normalt innebära, att uppdragsgivaren blev skyldig att betala ett belopp som motsvarar den avtalade provisionen till den läderade förmedlaren; om uppdragsgivaren emellertid kunde visa, att denne förmedlare inte skulle ha lyckats få till stånd något avtal under uppdragstiden, skulle han undgå all ersättningsskyldighet, då förmedlaren ju i detta fall inte lidit någon förlust genom brottet mot klausulen om ensamrätt.¹⁰ Om uppdragsavtalet blott innehöll ett allmänt omnämnande av ensamrätten, vore det dessutom oklart, huruvida uppdragsgivaren överhuvudtaget blev ersättningsskyldig gentemot förmedlaren, ifall han själv sålde avtalsobjektet;¹¹ något brott mot ensamrätten har han ju i detta fall inte gjort sig skyldig till. Dessa problem har man i avtalspraxis sökt undgå genom att uttryckligen definiera förmedlarens krav som en *provisionsfordran* i stället för en skadeståndsfordran samt genom att ange, att fordran skall vara förfallen till betalning i alla situationer, där avtalsobjektet med förbigående av förmedlaren överlåts till annan. I FFmf:s uppdragsformulär har sålunda omnämnandet av ensamrätten kompletterats med följande klausul:

»Jag förbinder mig att erlægga förmedlingsarvodet... ifall jag under (uppdragets) giltighetstid överlåter fastigheten (aktierna) på annat sätt...»

Motsvarande klausuler ingår också i det stora flertalet av de övriga avtalsformulär som stått till förfogande; vid undersökningen av avtalspraxis har endast erhållits ett fåtal formulär, i vilka förmedlaren nöjt sig med en allmän klausul, i vilken man blott uttalar att förmedlaren erhåller uppdraget med ensamrätt. Det syns alltså utgöra en tämligen generell praxis på fastighetsförmedlingens om-

¹⁰ Se t.ex. *Saxén* 1958, 56, *Brækhus* 1947, 413 f. och *Frost* 1964, 174 f.

¹¹ *Saxén* 1958, 56.

råde, att förmedlaren förbehåller sig rätt till full provision i händelse avtalsobjektet överläts under uppdragstiden.¹²

7.2.3. Jämkning av klausul om ensamrätt

Om uppdragsgivaren ger uppdraget att sälja avtalsobjektet åt flera fastighetsförmedlare, medför de avtalsklausuler som ovan refererats i regel, att han blir tvungen att betala full provision åt envar av dessa förmedlare, ifall någon av dem får till stånd ett avtal under uppdragstiden.¹³ Likaledes blir han skyldig att erlagga provision till förmedlaren, om han själv lyckas få till stånd ett avtal utan förmedlarens medverkan. Det är uppenbart, att dessa konsekvenser i vissa fall kan sägas vara oskäligen gentemot uppdragsgivaren. I sådana fall bör domstol med stöd av KSL 4:1 jämka klausulen om ensamrätt. Klausulen ger förmedlaren en så mycket förmånligare ställning i förhållande till uppdragsgivaren än han innehar enligt

¹² Om man i uppdragsavtalet fastställt att provisionen skall beräknas i procent av köpeskillingen, skall provisionen, om annat inte uttryckligen avtalats, vid överlåtelse i strid med klausulen om ensamrätt uträknas på grundval av den köpeskillning uppdragsgivaren erhållit vid överlåtelsen och inte på den köpeskillning, som uppdragsgivaren och förmedlaren överenskommit om i uppdragsavtalet. Detta innebär, att de i uppdragsformulären allmänt begagnade klausulerna om provision p.g.a. ensamrätt resp. om provision vid vägran att acceptera anbud (se ovan § 6.3) här kan råka i konflikt med varandra. Om uppdragsgivaren vägrar acceptera ett anbud på avtalade villkor av den anledningen att han själv sålt egendomen för en annan köpeskillning borde provisionen enligt den förstnämnda klausulen beräknas på den köpeskillning som erhållits, medan provisionen enligt den sistnämnda klausulen åter uppenbarligen borde beräknas på den offererade köpeskillingen. Den naturliga lösningen på denna konflikt syns vara att beräkna provisionen på den köpeskillning som faktiskt erhållits, då ju denna ofta utgör grundvalen för uppdragsgivarens provisionsbetalningsförmåga. Klausulen om vägran att acceptera anbud syns också kunna tolkas så, att den omfattar blott de fall, där uppdragsgivaren ännu innehar avtalsobjektet och vägrar avhända sig detta.

¹³ Så även Utl. 9/1974 § 5.

dispositiva regler, att man i den mån det ter sig motiverat inte bör tveka att med stöd av en generalklausul åsidosätta uppdragets bestämmelser på denna punkt.¹⁴

En jämkning av förmedlarens rätt till provision för avtal, vid vilkas tillkomst han inte medverkat, syns aktuell bl.a. i fall, där uppdragsgivaren själv överlåtitt egendomen åt arvtagare, nära släktingar eller vänner.¹⁵ I dessa fall syns det inte vara påkallat att åberopa ensamrättsklausulen i syfte att förhindra ett kringgående av förmedlarens krav på provision för avtal han medverkat till. Dessutom har uppdragsgivaren här i regel personliga skäl för sitt handlande, vilka i någon utsträckning syns värda att respekteras; köpeskillingen, ur vilken provisionen skulle presteras, är också ofta lägre än det pris som normalt kunde erhållas för egendomen. I överensstämmelse med vad som ovan sagts om förmedlarens rätt till provision i det fall, att uppdragsgivaren p.g.a. personliga skäl vägrar acceptera ett anbud, som förmedlaren anskaffat,¹⁶ kunde man därför också i det föreliggande fallet stundom jämka förmedlarens provisionskrav så, att förmedlaren blott fick ersättning för de kostnader och det arbete han nedlagt på uppdraget. Denna ersättning borde uppenbarligen tillerkännas förmedlaren för det arbete och de kostnader han haft, innan han genom ett meddelande av uppdragsgivaren eller på annat sätt fått reda på att hans uppdrag blivit omöjligt p.g.a. överlåtelsen av egendomen.

Trots att man i uppdragsavtalen i regel uttryckligen anger, att förmedlaren skall ha rätt till full provision och inte blott till ersättning för eventuell förlust om avtal ingås utan förmedlarens medverkan, syns det ofta ligga nära till hands att jämka provisionskravet i sådana fall, där uppdragsgivaren kan göra sannolikt, att förmedlaren inte haft möjlighet att få till stånd något avtal på de villkor

¹⁴ Jfr även betr. tolkningen av klausuler om ensamrätt *Saxén* 1958, 56 (cit. nedan s. 156). — Se betr. jämkning av klausuler om ensamrätt i svensk rättspraxis *Beckman* 1970, 610 f.

¹⁵ Jfr *Saxén* 1958, 54 och *Brækhus* 1947, 412, enligt vilka man i en klausul om ensamrätt kunde intolka detta undantag.

¹⁶ Se ovan s. 107 f.

som anges i uppdraget.¹⁷ Förmedlaren lider ju här ingen förlust till följd av att uppdragsgivaren ingår avtal med förbigående av honom; om han erhöll provision för ett sådant avtal skulle han utan anledning profitera på uppdragsgivarens eller en annan förmedlares insats. In casu borde man därför kunna bortse från uppdragsavtalets ordalydelse och döma ut ersättning blott för den förlust förmedlaren lidit genom brottet mot ensamrätten.

I fall, där uppdragsgivaren redan under en längre tid varit bunden av uppdraget, syns det ofta vara särskilt motiverat att jämka eller bortse från klausulen om ensamrätt.¹⁸

7.3. UPPDRAGSTIDEN

7.3.1. Uppdrag utan tidsbegränsning

7.3.1.1. Allmänt

Ett mäklaruppdrag kan ges utan tidsbegränsning eller på viss tid. Vid fastighetsförmedling är den förstnämnda typen av uppdrag i princip förbjudna: i FFF § 16¹⁹ utsägs ju uttryckligen, att man i uppdragskontraktet bör ange uppdragets giltighetstid. Som tidigare nämnts, skall brott mot denna formbestämmelse likväl inte medföra, att uppdraget blir ogiltigt. En förmedlare som tar emot uppdrag på obegränsad tid utsätter sig däremot för risken att bli föremål för straff- eller näringsrättsliga sanktioner.²⁰ Detta har dock inte förhindrat, att man i avtalspraxis kan påträffa avtalsformulär, i vilka uppdragstiden överhuvudtaget inte förutsätts vara begränsad. Sålunda innehåller t.ex. ett bankanknutet förmedlingsbolags for-

¹⁷ Ifall uppdragsgivaren kan visa, att förmedlaren inte alls eller blott bristfälligt arbetat på uppdraget, kan provisionsrätten också falla bort enligt de regler som anges nedan i § 8.2.3.

¹⁸ Se nedan s. 137.

¹⁹ FFFörsl § 20.

²⁰ Se ovan § 5.3.

mulär för förmedling av nybyggnadsproduktion en klausul, enligt vilken uppdraget skall vara i kraft, tills alla aktier, som omfattas av uppdraget, har sålts.

7.3.1.2. Uppdragets giltighetstid

I den rättsvetenskapliga litteraturen framhåller man i regel, att också ett sådant förmedlingsuppdrag, som givits på obestämd tid, skall medföra provisionsansvar blott under en begränsad tidrymd. Enligt *Saxén* är det sålunda »likväl tydligt att då en lång tid förflutit uppdragsgivaren ofta kan göra gällande, att uppdraget bör anses ha upphört, t.ex. om förmedlaren och uppdragsgivaren under tiden ej alls haft någon kontakt med varandra angående uppdraget».²¹ Också *Stenius* finner, att uppdragsavtalet inte kan anses gälla för obegränsad tid; frågan, för hur lång tid uppdraget bör anses vara i kraft, kan dock inte besvaras med angivande av någon fast tidsgräns, då spørgsmålet bör avgöras in casu.²² I doktrinen i det övriga Norden kan man påträffa uttalanden såväl för som emot en begränsning av uppdragstiden, då uppdragsavtalet inte innehåller någon uttrycklig bestämmelse härom.²³

Spørsmålet, hur länge ett uppdrag som givits på obestämd tid kan anses vara i kraft, borde likväl inte diskuteras på ett helt generellt plan. Det syns nämligen uppenbart, att frågan kan besvaras olika i följande situationer:

(i) förmedlaren kräver provision för ett avtal, som han medverkat till, men som kommit till stånd först en längre tid efter att uppdraget gavs,

²¹ *Saxén* 1958, 29.

²² *Stenius* 1947, 60.

²³ *Fehr* 1925, 103 anser regeln, att uppdraget upphör efter viss tid, sakna stöd i svensk rätt, medan *Brækhus* 1947, 108 uttalar, att uppdragsgivaren efter en viss tid kan anse uppdraget ha bortfallit, om mäklaren inte ger några livstecken från sig.

(ii) förmedlaren kräver provision med hänvisning till klausulen om provisionsansvar vid vägran att acceptera anbud, då han en längre tid efter att uppdraget gavs presenterar ett acceptabelt anbud, som uppdragsgivaren vägrar godta,

(iii) förmedlaren kräver provision med hänvisning till klausulen om ensamrätt, då uppdragsgivaren en längre tid efter att uppdraget gavs själv eller med hjälp av en annan förmedlare säljer avtalsobjektet.

I situationer av den förstnämnda typen (i) har man i tidigare finsk rättspraxis betraktat uppdraget som giltigt ännu efter en relativt lång tidsperiod. I HD 1932 II 193 befanns det sålunda vara i kraft efter ca två år, medan det i HD 1923 d. 228 ansågs vara gällande ännu efter sex år. I det sistnämnda fallet utdömdes likväl blott ett skäligt belopp i stället för den avtalade provisionen p.g.a. att förhållandena ändrats under den angivna tidsperioden. Det är dock skäl att observera, att dessa rättsfall alla givits under en tid, då det inte hade uppställts något straffsanktionerat förbud mot uppdrag utan angivande av tidsbegränsning. Trots att man inte kan ge formbestämmelsen i FFF § 16 sådana civilrättsliga verkningar, att hela uppdraget blev ogiltigt, ifall omnämnande av uppdragstiden saknas, föreligger det inget hinder mot att betrakta FFF som ett argument, då man vill fastställa rättsverkningarna av ett icke tidsbundet uppdrag. Att ett uppdrag kunde ges mångårig giltighet genom att formuleras i strid med en uttrycklig bestämmelse i lagstiftningen syns inte vara acceptabelt. Om förmedlaren önskar erhålla en sådan handlingsfrihet bör han söka uppnå en uttrycklig bestämning av uppdragstiden, som gör uppdragsgivaren provisionsansvarig också för avtal som ingås efter längre tid. — Någon exakt avgränsning av den tid under vilken uppdraget skall anses vara gällande är knappast tänkbar. Det är uppenbart, att man måste företa en helhetsbedömning in casu så, att avtal, till vilkas tillkomst förmedlaren bidragit på ett väsentligt sätt, bör ge rätt

till provision under en längre tidsperiod än avtal, för vilka förmedlarens insats varit av mindre betydelse.

Också i fall, där förmedlaren kräver provision med hänvisning till uppdragsgivarens vägran att acceptera anbud, har man i rättspraxis ansett uppdraget vara i kraft 15 månader (HD 1929 II 668) respektive ca ett år (HD 1940 II 287) efter det uppdraget gavs. De argument som i föregående stycke anfördes för att man i dag borde avgränsa uppdragstiden snävare än man gjort i äldre rättspraxis syns emellertid äga giltighet även här. Man kan därtill hävda, att uppdraget i det föreliggande fallet i regel borde anses medföra provisionsansvar under en ännu kortare tid än då avtal kommit till stånd. Uppdragsgivaren har ju här inte erhållit någon köpeskillning ur vilken provisionen kunde betalas. Med hänsyn till de uppdragstider som är vanliga vid fastighetsförmedling syns det sålunda inte otänkbart att tiden för uppdragsgivarens provisionsansvar enligt en klausul om skyldighet att acceptera anbud i regel borde kunna räknas i månader och inte i år.

Om förmedlaren kräver provision enbart med hänvisning till sin ensamrätt enligt uppdraget, är det uppenbart, att avtalstiden måste underkastas en sträng begränsning. Om detta inte var fallet kunde en uppdragsgivare, som, långt efter att uppdraget för honom framstått som resultatlöst, själv överlätit sin fastighet mötas av överraskande provisionskrav från förmedlarens sida. Då förmedlaren här därtill inte grundar sitt krav på någon egen aktivitet föreligger det inte något skäl att med hänsyn till honom låta provisionsansvaret gälla ens under så lång tid som i de ovannämnda fallen. I rättspraxis har man också förhållit sig negativ till krav på provision med stöd av klausul om ensamrätt vid uppdrag på obegränsad tid. Sålunda uttalade HD i HD 1945 II 56, där förmedlaren erhållit ett uppdrag med ensamrätt för obestämd tid, att parterna åtminstone inte kunde ha avsett att uppdraget skulle vara i kraft för längre tid än ett år, varför klausulen om ensamrätt inte kunde ge förmedlaren någon rätt till provision i föreliggande fall. I HD 1939 II 386 ogiltigförklarade HD (två justitieråd) åter med stöd av ockerregeln i AvtL § 31 ett uppdrag med ensamrätt, bl.a. emedan avtalet inte

innehöll någon bestämmelse om avtalets giltighetstid. I detta fall hade uppdragsgivaren utan förmedlarens medverkan sålt fastigheten redan fem dagar efter det uppdraget gavs.²⁴

7.3.1.3. Återkallelse av uppdraget

I doktrinen råder enighet om, att en uppdragsgivare har rätt att när som helst återkalla ett uppdrag, som givits på obestämd tid. Om förmedlaren före återkallelsen anvisat uppdragsgivaren en motpart, har han dock rätt till provision, om uppdragsgivaren sedermera sluter avtal med motparten. Uppdragsgivaren bör nämligen inte genom att utnyttja rätten att återkalla uppdraget kunna undandra förmedlaren den rätt till provision denne redan gjort sig förtjänt av.²⁵

7.3.2. Uppdrag på viss tid

7.3.2.1. Avtalspraxis

Med hänsyn till innehållet i det straff- och näringsrättsligt sanktionerade formkravet i FFF § 16 är det naturligt, att man i dagens avtalspraxis på fastighetsförmedlingens område i regel gör uppdragsavtal, som till synes är tidsbundna. I de uppdragsformulär som fastställts av FFmf ingår sålunda följande klausul:

²⁴ Se även det svenska rättsfallet NJA 1948, 163, där en ensamrättsförbindelse jämkades med stöd av 8 § lagen om skuldebrev, då uppdragsgivaren själv sålt fastigheten femton månader efter att uppdraget gavs. Också förmedlarens passivitet var uppenbarligen här av betydelse, se nedan § 8 not 14.

²⁵ Se *Saxén* 1958, 29 f., *Stenius* 1947, 63 och *Beckman* 1970, 613, 618 samt HD 1935 II 432. Se även — betr. förmedling av aktier — *Brækhus* 1947, 156 f. samt *Fehr* 1925, 103 och *Erme* 1978, B/48, vilka inte uttryckligen uppmärksammar någon begränsning i rätten att återkalla uppdraget.

»Detta kontrakt är gällande i månader och därefter månader åt gången om det inte skriftligen sägs upp senast tio (10) dagar före utgången av löpande avtalsperiod.»

En motsvarande klausul ingår i nästan alla de övriga avtalsformulär som stått till undersökningens förfogande. I många av dessa avtalsformulär har man dock uttryckligen angivit, att avtalet vid utebliven uppsägning skall anses förlängt antingen med en månad i gången (bl.a. två bankkanknutna bolag) eller var gång med en tid som motsvarar den ursprungliga uppdragstiden (bl.a. ett bankkanknutet bolag). Också beträffande uppsägningstiden förekommer vissa variationer. Sålunda föreskriver två bankkanknutna bolag en uppsägningstid på sju dagar, medan ett bankkanknutet bolag lämnar också uppsägningstiden öppen för precisering i det enskilda avtalet.

FFmf har fastställt rekommendationer beträffande den kortaste avtalstid deras medlemmar bör acceptera. Denna undre gräns för avtalstiden föreslås vid förmedling av bostads- och affärslägenheter vara en månad, medan den vid förmedling av fastigheter fastställs till tre månader. Enligt uppgift från FFmf är avtalstiderna p.g.a. det rådande marknadsläget ofta i någon mån längre än de minimitider som rekommenderas.²⁶ Det förekommer dock också, att förmedlare, som inte är anslutna till förbundet, avtalar om kortare tider, t.o.m. så korta som en vecka.

7.3.2.2. Giltigheten av klausulerna om automatisk förlängning

De klausuler, som nyss refererats, förefaller vara helt lagenliga. Avtalstiden har ju i dem angivits på ett entydigt sätt. En närmare analys visar likväl, att frågan om klausulernas godtagbarhet inte kan betraktas som oproblematiske. En ordagrann tillämpning av be-

²⁶ I Hbl 27. 1. 1979 uppges, att försäljningsuppdrag för bostadslägenheter i regel uppgörs för 1—3 månader, medan man för fastigheter och andra mer krävande objekt reserverar 6—12 månader.

stämmelsen om automatisk förlängning av avtalet vid utebliven uppsägning medför ju de facto, att uppdraget blir gällande på obestämd tid, ifall uppdragsgivaren inte reagerar på det sätt som stipuleras i avtalet. Då ett uppdrag på obestämd tid, som ovan nämnts, i princip kan återkallas av uppdragsgivaren när som helst, utan att han behöver iaktta någon uppsägningstid, skulle den reglering, som förekommer i avtalen, försätta uppdragsgivaren i en sämre ställning än den han befunnit sig i, om han givit ett uppdrag utan angivande av uppdragstid. Då man, som ovan framgått, anser att ett uppdrag av det sistnämnda slaget blir gällande blott under en begränsad tidrymd, är det uppenbart, att man inte heller kan acceptera en obegränsad giltighet av klausuler om automatisk förlängning av uppdraget.

Verkan av förlängningsklausulerna kan begränsas på olika sätt. Om uppdragsgivaren inte uttryckligen uppmärksamgjorts på den ifrågavarande klausulen, är det tänkbart, att man med hänvisning till denna omständighet kan eliminera sådana verkningar av klausulen, som inte anses acceptabla. Om man har träffat ett avtal om en bestämd uppdragstid och det blott ur det formulär, som kommit till användning, framgår, att denna uppdragstid skall förlängas vid utebliven uppsägning, kan klausulen om förlängning lätt sägas utgöra en sådan överraskande och tyngande klausul, som enligt allmänna standardavtalsrättsliga principer inte anses bindande.²⁷ Det kan nämnas, att HD redan på 1920-talet var beredd att åsidosätta en förlängningsklausul, som man inte uttryckligen uppmärksammat vid avtalsslutet:

HD 1924 d.ref. 11. Uppdragsgivaren hade givit förmedlaren ett uppdrag med ensamrätt, enligt vilket förmedlaren skulle erhålla provision om han eller uppdragsgivaren själv sålde avtalsobjektet. Uppdragstiden var sex månader. Enligt det tryckta uppdragsformulär som uppdragsgivaren underskrivit skulle emellertid denna tid förlängas med sex månader om uppdraget inte sades upp två månader före avtalstidens utgång. HD: emedan det hade utretts,

²⁷ Se t.ex. *Wilhelmsson 1977*, 388 f.

att man vid avtalsslutet uttryckligen hade avtalat, att uppdraget skulle vara i kraft sex månader och då det inte hade visats, att man hade avsett, att den i uppdragsformuläret intagna bestämmelsen om förlängning av avtalstiden, som stod i strid med det nämnda villkoret, skulle följas, förkastades förmedlarens krav på provision för ett avtal som uppdragsgivaren ingått efter att den första sexmånadersperioden utlöp.

De nyssnämnda standardavtalsrättsliga synpunkterna kan likväl knappast i alla lägen åberopas. Särskilt då t.ex. tiden för förlängningen av uppdraget lämnats öppen för att ifyllas i samband med det enskilda avtalet — vilket är fallet i FFmf:s formulär — syns det ofta svårt att hävda, att den ifrågavarande klausulen kan betecknas som överraskande. I sådana fall kan den korrigering av avtalsvillkoren, som på denna punkt uppenbarligen måste äga rum, företas t.ex. med stöd av jämningsregeln i KSL 4: 1 eller den princip som finns uttryckt i SBL § 8.

Frågan, när en jämkning av klausulerna om automatisk förlängning av uppdraget bör komma i fråga, kan inte besvaras generellt. Också här måste man ta hänsyn till grunden för förmedlarens provisionskrav. Som vid behandlingen av giltighetstiden för ett uppdrag på obestämd tid angavs, kan en längre giltighet godtas, då förmedlaren kräver provision på grundval av ett avtal, som han medverkat till, medan man bör dra snävare gränser kring uppdragstiden, både då förmedlaren kräver provision med hänvisning till en klausul om skyldighet att acceptera anbud och — framför allt — då grunden för provisionskravet blott är förmedlarens ensamrätt. I det förstnämnda fallet är det därför inte uteslutet, att man accepterar t.o.m. flera automatiska förlängningar av uppdraget, medan man i de senare fallen bör förhålla sig mer restriktivt till de ifrågavarande klausulerna. Härvid är det likväl ingalunda nödvändigt att man alltid helt bortser från klausulen om förlängning av uppdraget; det är tillräckligt att dess verkningar begränsas på ett skäligt sätt. Man kunde t.ex. förkasta blott den upprepade förlängningen av uppdraget och anse uppdraget ha utlöp då den tid, som anges i

förlängningsklausulen, har gått till ända.²⁸ Då förmedlaren kräver provision blott med stöd av sin ensamrätt är det dock inte uteslutet, att varje tillämpning av klausulen om förlängning av uppdraget kan anses oskäligen.

Om man så önskar, kan man naturligtvis undvika att ta ställning till frågan om giltigheten av klausulerna om förlängning i de sistnämnda fallen genom att i stället med stöd av generalklausulen bortse från klausulen om ensamrätt eller från klausulen om skyldighet att acceptera anbud.

7.3.2.3. *Formen för uppsägning av uppdraget*

I uppdragsformulären förutsätter man ofta, att en uppdragsgivare, som vid avtalstidens slut vill bringa uppdraget till upphörande, skriftligen skall säga upp avtalet. Denna bestämmelse bör knappast tolkas strikt efter sin ordalydelse så, att en uppsägning i annan form vore ogiltig. En förmedlare, som t.ex. genom en muntlig uppsägning erhållit kännedom om, att uppdragsgivaren önskar att avtalet skall upphöra, och trots detta fortsätter med arbetet på uppdraget med hänvisning till att det avtalade formkravet för uppsägning inte iakttagits, bör inte erhålla någon provision, ifall uppdragsgivaren vägrar acceptera ett anbud, som förmedlaren anskaffat efter avtalstidens utgång; ett sådant medvetet illojalt handlande från förmedlarens sida är knappast värt att premiera. Likaledes bör förmedlaren inte med stöd av formkravet kunna kräva provision för en överlåtelse av avtalsobjektet, som uppdragsgivaren själv verkställt i förlitan på att uppdraget upphört p.g.a. den muntliga uppsägningen. Då syftet med formkravet framför allt är att

²⁸ Jfr dock Utl. 3/1975 § 14, där man uttryckligen uttalade, att ifrågasvarande förlängningsklausul skulle *tolkas* så, att avtalstiden upprepade gånger förlängdes om uppsägning uteblev, varför förmedlaren i detta fall kunde kräva provision med stöd av sin ensamrätt. Utskottet har i detta utlåtande uppenbarligen inte beaktat förlängningsklausulens eventuella lagstridighet och oskälighet och de slutsatser man borde dra härav.

eliminera oklarheter, bör man likväl i de nyssnämnda fallen kräva, att den muntliga uppsägningen varit uttrycklig och otvetydig. Uppdragsgivaren bör inte undgå provisionsansvar, om han blott på ett svävande sätt uttalat tvivel rörande lämpligheten att fullfölja uppdraget. Uppdragsgivaren bär m.a.o. risken för att förmedlaren verkligen inser att uppsägning skett.

7.3.2.4. *Förtida återkallelse av uppdraget*

Då man i avtalspraxis föreskriver, att uppsägning av uppdraget kan ske vid uppdragstidens slut, utgår man från, att uppdraget inte skall kunna återkallas före denna tidpunkt. Beträffande verkan av att ett sådant för viss tid oåterkalleligt uppdrag återkallas framhåller *Saxén*, att förmedlaren bör erhålla provisionen, »ifall han kan göra sannolikt, att han hade lyckats få köpet till stånd inom den föreskrivna tiden».²⁹ En så sträng sanktion mot avtalsstridig återkallelse syns likväl inte nödvändig. När uppdraget återkallas under uppdragstiden, undgår förmedlaren ytterligare kostnader för uppdraget och han kan utnyttja den frigjorda kapaciteten till arbete på eventuella andra uppdrag. Det kan därför ofta te sig oskäligt att utkräva full provision i sådana fall.³⁰

Tidigare har rekommenderats, att förmedlaren borde erhålla blott en skälighets ersättning, om uppdragsgivaren förkastat ett anbud, emedan han inte längre önskar avhända sig avtalsobjektet.³¹ Om man godtar detta, måste man också acceptera en nedsättning av provisionskravet i ett fall, där uppdragsgivaren meddelat förmedlaren, att han ändrat sig beträffande försäljningen av fastigheten redan innan förmedlaren fått till stånd något anbud. Då uppdraget av denna anledning återkallats inom uppdragstiden borde man m.a.o. utgå från, att förmedlaren inte skall erhålla full provision,

²⁹ *Saxén* 1958, 34.

³⁰ Det i texten anförda argumentet framhålls uttryckligen också av FFmf i Utl. 3/1975 § 9 och 4/1975 § 8.

³¹ Se ovan s. 107 f.

utan endast skälig ersättning för sin insats. Vid bedömningen av vilken ersättning som skall anses skälig är det givetvis också här motiverat att beakta styrkan i de skäl som uppdragsgivaren eventuellt anfört för sin ändrade inställning till försäljningen.

FFmf har i flera utlåtanden godtagit principen om nedsättning av provisionskravet vid återkallelse av uppdraget inom uppdragstiden:³²

Utl. 3/1975 § 8. Uppdragsgivaren hade medelst ett uppdragsavtal på sex månader, daterat den 14. november 1974, givit en förmedlare i uppdrag att för en köpeskilling om 250 000 mk och en provision på 3 % förmedla försäljningen av en fastighet. Den 5. december samma år återkallade uppdragsgivaren uppdraget med hänvisning till att han senare fått veta, att försäljningen skattemässigt var ofördelaktig. Utskottet fann, att uppdragsgivaren då han gav uppdraget givit förmedlaren osanna uppgifter och att han utan giltig anledning hävt uppdragsavtalet, varför förmedlaren ansågs ha rätt att kräva provision i enlighet med avtalet. Då förmedlaren likväl hade besparats kostnader i anslutning till uppdragets utförande och då han genom uppdragets upphörande erhållit tid för andra uppdrag, fann utskottet halva den avtalade provisionen utgöra skälig ersättning.

Utl. 2/1977 § 5. I ett uppdragsavtal på fyra månader hade uppdragsgivarna, ett pensionerat äkta par, givit en förmedlare i uppdrag att sälja en fastighet för en köpeskilling om 260 000 mk och en provision om 10 000 mk. Två veckor efter att uppdragsavtalet uppgjorts återkallade uppdragsgivarna uppdraget och betalade 1 000 mk i avtalsvite för återkallelsen. Förmedlaren krävde att erhålla återstoden av provisionen, d.v.s. ytterligare 9 000 mk. Då säljarna under avtalstiden hävt avtalet och förmedlaren å andra sidan inte påstått, att han skulle ha en köpare, fann utskottet avtalsvitet oskäligt och förordade en tillämpning av AvtL § 36.

Uppdragsgivaren bör alltid ha möjlighet att återkalla uppdraget utan ersättningsskyldighet, om förmedlaren kan sägas ha förfarit illojalt mot uppdragsgivaren eller vanskött uppdraget. Då förmed-

³² Se förutom de nedan refererade utlåtandena Utl. 2/1977 § 4. De utlåtanden, som nämns ovan i not 30, berör inte några enskilda fall, utan ansluter sig till arbetet på nya uppdragsformulär.

larens provisionskrav kan bortfalla i de nämnda fallen syns det naturligt, att uppdragsgivaren också bör kunna återkalla uppdraget redan innan ett provisionskrav aktualiseras.³³

7.3.2.5. *Förtida upphörande på annan grund*

Också ett återkalleligt uppdrag på viss tid kan stundom avbrytas p.g.a. mellankommande händelser. Sålunda har man ansett, att uppdraget upphör, när uppdragsgivaren ställs under förmynderskap³⁴ eller försätts i konkurs.³⁵ Det förefaller också möjligt att anta, att uppdraget efter uppdragsgivarens död inte skall vara bindande för uppdragsgivarens dödsbo.³⁶

De nyssnämnda reglerna är uppenbarligen alltför generellt formulerade. Det förefaller vara riktigare att påstå, att uppdraget i samband med omyndigförklaringen, konkursen eller dödsfallet förlorar vissa, men inte alla av sina verkningar. Uppdraget kan blott såtillvida sägas upphöra, att förmyndaren, konkursförvaltningen eller dödsboet inte bör bli skyldiga att erlägga provision, ifall de vägrar acceptera ett anbud, som förmedlaren presenterat dem, eller om de förytttrar avtalsobjektet till köpare, som de själva anskaffat. Däremot syns man inte kunna frita dem från skyldighet att prestera provision, ifall de med utnyttjande av de uppgifter och tjänster förmedlaren givit antingen åt dem eller åt uppdragsgivaren själv säljer avtalsobjektet till en köpare, som kan sägas ha anskaffats av förmedlaren.

7.3.2.6. *Konkludent förlängning av uppdraget*

Ett uppdrag kan ges på viss tid, utan att man i uppdraget förutser några förlängningar av tiden. Ett sådant uppdrag kan natur-

³³ Jfr närmare nedan § 8.2. Se även betr. återkallelse som sanktion Sandvik 1971, 46.

³⁴ Utl. 11/1973 § 5.

³⁵ Brækhus 1947, 158.

³⁶ Så Utl. 11/1973 § 5. Jfr dock Brækhus 1947, 158.

ligtvis senare förlängas genom ett nytt avtal mellan uppdragsgivaren och förmedlaren. Förlängningen anses också kunna ske konkludent genom att uppdragsgivaren »medvetet låter förmedlaren fortfa ra med försöken att skaffa en medkontrahent och står i kontakt med förmedlaren utan att antyda, att tiden för uppdraget utlöpt».³⁷ Då man, som tidigare anförts, kan ställa stränga krav på att en förmedlare, som önskar erhålla provision, bör klarlägga uppdragets existens,³⁸ måste man också kräva relativt starka skäl för att godta ett påstående, att uppdraget konkludent förlängts. I HD har man sålunda i flertalet fall av den typ, som här avses, förkastat förmedlarens krav på provision för avtal, som han medverkat till, och m.a.o. inte accepterat, att en konkludent förlängning av uppdraget skulle ha ägt rum.³⁹ Som *Saxén* framhåller, är det likväl inte nödvändigt att man i dessa fall antingen tillerkänner förmedlaren full provision eller förkastar provisionskravet. En rimlig kompromisslösning kan ofta vara, att en förmedlare, som med uppdragsgivarens tysta samtycke arbetat vidare på ett uppdrag, som han inte lyckats fullfölja inom den tid man ursprungligen förutsatt, inte skall erhålla full provision utan blott tillerkännas skälig ersättning för sitt arbete, ifall detta sedermera leder till resultat.⁴⁰ Denna uppfattning syns också ha kommit till uttryck i ett relativt färskt rättsfall från HD, som berör förmedling av hyresavtal:

HD 1970 II 59. Ett fastighetsaktiebolag hade givit en fastighetsförmedlare i uppdrag att förmedla uthyrningen av en på bolagets

³⁷ *Saxén* 1958, 33.

³⁸ Se ovan s. 73.

³⁹ Se HD 1936 II 198 (omr. 3—2), HD 1938 II 228 (aktieköp) och HD 1939 II 108 (omr. 4—1; minoriteten ville döma ut provision bl.a. emedan uppdragsgivaren och förmedlaren efter uppdragstiden sinsemellan fört diskussioner om gårdens försäljning till andra köpare). Se även det ovan s. 73 refererade rättsfallet HD 1975 II 67; då det ursprungliga uppdraget här upphört p.g.a. en uttrycklig uppsägning från uppdragsgivarens sida, har det syntts lämpligare att referera fallet i samband med behandlingen av frågan om uppdragets existens än i föreliggande sammanhang.

⁴⁰ *Saxén* 1958, 33. Se även det av *Saxén* 1958, 34 refererade opubli-

tomt belägen byggnad, vars golvyta uppgick till ca 16 000 m², till någon eller några av statens inrättningar på tio år för en bestämd kvadratmeterhyra. Provisionen skulle uppgå till 1,5 % av den sammanlagda hyran för tio år. Förmedlaren hade inte funnit någon hyresgäst vid avtalstidens slut den 15. februari 1967. Förmedlaren hade emellertid också efter detta datum utbjudit avtalsobjektet och tillsammans med en funktionär i bolaget förevisat det för ett andelslag. P.g.a. dessa åtgärder hade andelslaget den 14. april 1967 hyrt byggnaden åtminstone fram till den 30. juni 1972. RR: då bolaget utan att göra anmärkning om, att man inte längre önskade förmedlarens tjänster, efter avtalstidens utgång hade stått i kontakt med förmedlaren och den hyresgäst han anvisat och härigenom måste anses ha samtyckt till, att uppdraget fortfarande var i kraft och att också andra hyresgäster än de som förutsatts i det skriftliga uppdraget kunde komma i fråga, och då hyresavtalet kommit till på förmedlarens åtgärd och denne sålunda, oberoende av att hyrestiden var kortare och hyrans belopp lägre än man förutsatt i uppdraget, hade rätt till provision och den provision som krävdes med hänsyn till omständigheterna kunde betraktas som skälig, förpliktades bolaget utge detta belopp (72 900 mk = 1,5 % av den totala hyran). HovR: då bolaget måste anses ha givit sitt samtycke till, att avtalsobjektet utbjöds till hyra också efter det att uppdraget enligt det skriftliga uppdragsavtalet upphört, och då hyresavtalet uppkommit på åtgärd av förmedlaren, hade förmedlaren rätt till skälig ersättning härför, vilken uppskattades till 40 000 mk. HD fann inte skäl till annan ändring i HovR:s avgörande än att ersättningsbeloppet nedsattes till 20 000 mk.

Det är skäl att framhäva, att uppdragsgivaren i det refererade fallet — såväl som i det fall, som nämns i not 40 — inte var en konsument. Man kan väl tänka sig, att bedömningen av, huruvida uppdraget skall anses ha konkludent förlängts, kan variera beroen-

cerade rättsfallet HD 28.11.1955/3695: uppdragsgivaren (Turun Yliopisto) hade efter att uppdragstiden utgått den 1. september stått i kontakt med förmedlaren och diskuterat köpet. Den 2. oktober såldes fastigheten till en köpare, som anskaffats av förmedlaren. HD ansåg efter omröstning (3—2), att uppdragsgivaren förlängt uppdraget och var skyldig att erlagga provision. Två justitieråd ville döma ut full provision (2 %), medan det justitieråd, enligt vars votum domen avfattades, prövade skäligt att nedsätta provisionen till 1 %.

de på uppdragsgivarens egenskaper. Man kan inte kräva, att en juridiskt obehövad konsument, som litar på villkoren i det avtal han ingått, skall inse, att han löper risken att bli skyldig att erlägga provision, ifall han utan att säga ifrån finner sig i förmedlarens verksamhet. Vid uppdrag givna av konsumenter bör man därför förmodligen kräva starkare skäl för att anse uppdraget konkludent förlängt än de som anfördes i de två nämnda rättsfallen. Ett argument för en gentemot uppdragsgivaren mildare bedömning i dessa fall erbjuder det tidigare refererade rättsfallet HD 1975 II 67.⁴¹

I alla de ovan omtalade rättsfall, där förmedlaren med större eller mindre framgång hävdade, att uppdraget skulle ha konkludent förlängts, har han krävt provision på grundval av ett avtal, till vars tillkomst han medverkat. Det är också skäl att betona, att en eventuell konkludent förlängning av uppdraget inte bör omfatta uppdragsgivarens förpliktelser enligt klausulerna om skyldighet att acceptera anbud och om ensamrätt. Även om uppdragsgivaren kan sägas ha tyst samtyckt till att förmedlaren fortsatt att arbeta på uppdraget, innebär detta inte, att han också samtyckt till, att han vore skyldig att betala provision, ifall han efter uppdragstidens utgång vägrar acceptera ett anbud, som förmedlaren anskaffat, eller själv avyttrar avtalsobjektet. Om förmedlaren önskar att de nämnda, i förhållande till dispositiv rätt exceptionella klausulerna fortsättningsvis skall reglera förhållandet mellan honom och uppdragsgivaren, bör han utverka ett uttryckligt avtal härom.

7.3.3. Provision för avtal efter uppdragstiden

7.3.3.1. Allmänt; avtalspraxis

Då ett uppdrag givits på viss tid, bör provision i princip inte erläggas för avtal, som slutits efter utgången av denna tid.⁴² I av-

⁴¹ Se ovan s. 73.

⁴² Se *Saxén* 1958, 31 och *Stenius* 1947, 59 f. samt HD 1936 II 198. Se även HD 1938 II 228 och 1939 II 108, där det i uppdraget uttryckligen

talspraxis på fastighetsförmedlingens område förbehåller sig förmedlarna likväl regelmässigt rätt till provision också för avtal, som ingåtts efter uppdragstidens utgång, om förmedlaren medverkat till deras tillkomst. Om en klausul med detta innehåll saknades skulle uppdragsgivaren lätt på ett illojalt sätt kunna kringgå skyldigheten att utge provision genom att skjuta upp avtalsslutet med den avtalspart, som förmedlaren anskaffat, till dess uppdragstiden utgått. I de uppdragsformulär som utarbetats av FFmf ingår sålunda en klausul med följande lydelse:

»Jag förbinder mig att erlægga förmedlingsarvodet... om jag efter avtalstidens utgång överlåter fastigheten (aktierna) till köpare, som bevisligen av mäklaren eller dennes representant erhållit kännedom om den (de) till salu varande fastigheten (aktierna).»

En motsvarande klausul ingår i så gott som samtliga övriga formulär som genomgått inom ramen för den föreliggande undersökningen.⁴³ Vissa variationer i formulering förekommer likväl. Sålunda framhåller man i de bankanknutna förmedlingsbolagens samt även i flera andra icke-organiserade förmedlares formulär, att rätt till provision uppkommer, om avtalsparten »direkt eller indirekt» erhållit uppgifter om avtalsobjektet av förmedlaren. Tre av de bankanknutna förmedlingsbolagen har vidare begränsat den ifrågasvarande provisionsrätten så, att den uppkommer blott om avtalet ingåtts inom sex månader efter uppdragstidens utgång. FFmf har i sina provisionsrekommendationer angivit samma tidsmässiga begränsning; i förbundets uppdragsformulär har begränsningen, som ovan framgått, likväl inte omnämnts.

angavs, att provision för avtal efter uppdragstiden inte skulle erläggas. Se även Utl. 1/1977 § 6, där förmedlaren, medan avtalet var i kraft, visat en lägenhet för en köpare, som bjöd 120 000 mk. Säljaren hade förkastat anbudet. Fem dagar efter uppdragstidens slut sålde hon lägenheten till den nämnda köparen för 108 000 mk. Då uppdraget inte innehöll den sedvanliga klausulen om rätt till provision för försäljning efter avtalstiden, ansåg utskottet, att förmedlaren inte var berättigad till provision.

⁴³ Endast i ett av de formulär som begagnades av ett bankanknutet bolag saknades klausul om efterprovision.

7.3.3.2. Tillämpningen av klausulerna om efterprovision

Om uppdragsgivaren efter uppdragstidens utgång ingår avtal med en spekulant, som erhållit kännedom om egendomens försäljning t.ex. genom att avhämta prospekt på förmedlarens byrå eller som diskuterat köpet med förmedlarens personal, är han enligt de klausuler som nyss refererats i princip skyldig att utge provision till förmedlaren för det nämnda avtalet. Däremot syns det mer osäkert, huruvida en spekulant, som blott stiftat bekantskap med avtalsobjektet genom förmedlarens annonsering, skall anses ha erhållit kännedom om egendomens försäljning (direkt) av förmedlaren eller dennes representant⁴⁴ — om klausulen om efterprovision är av den typ som begagnas bl.a. av de bankanknutna förmedlingsbolagen syns förmedlarens rätt till provision i detta fall vara klarare. I praktiken blir det knappast aktuellt att ta ställning till det nyssnämnda tolkningsproblemet p.g.a. bevisbördans placering i det föreliggande fallet:⁴⁵ det kan vara svårt för förmedlaren att påvisa, att motparten faktiskt erhållit kännedom om egendomens försäljning på det angivna sättet. — Om köparen fått sina uppgifter indirekt, t.ex. av en bekant, som erhållit kännedom om försäljningen av förmedlaren, skall förmedlaren inte erhålla provision om avtalet är ingått på de uppdragsformulär som FFmf utarbetat, medan lösningen givetvis blir den motsatta, ifall uppdragsavtalet innehåller en klausul, enligt vilken förmedlarens rätt till provision uppkommer när motparten »direkt eller indirekt» erhållit uppgifterna av förmedlaren.

⁴⁴ Jfr betr. den allmänna kausalitetsproblematiken *Beckman* 1970, 612: »Även en medkontrahent, som på grund av mäklarens annons satt sig i direkt förbindelse med huvudmannen..., är att anse såsom anvisad av mäklaren». Se även *Fehr* 1925, 103.

⁴⁵ Enligt avtalsvillkoren skall motparten bevisligen ha erhållit sina uppgifter av förmedlaren; denne bär m.a.o. bevisbördan för att så har skett, se Utl. 2/1976 § 5. Denna fördelning av bevisbördan syns också vara den riktiga i det fall, att man i uppdragsformuläret inte uttryckligen uppmärksammat bevisfrågan, se HD 1945 II 56.

Vissa begränsningar måste intolkas i klausulen om provision efter uppdragstiden. För det första måste det anses utgöra en förutsättning för efterprovision, att de uppgifter motparten erhållit härrör från förmedlarens verksamhet inom själva uppdragstiden.⁴⁶ Om förmedlaren först efter utgången av denna tid meddelar en spekulant att han haft avtalsobjektet till försäljning och spekulanten sedermera träffar avtal med uppdragsgivaren, skall förmedlaren inte erhålla någon provision. Klausulen om uppdragstidens längd skulle annars förlora sin mening. För det andra syns det uppenbart, att förmedlaren skall erhålla provision blott om det föreligger ett orsakssamband mellan de uppgifter spekulanten erhållit och avtalets tillkomst.⁴⁷ Vissa av de synpunkter som ovan angivits i anslutning till behandlingen av kravet på orsakssamband vid uppdrag utan ensamrätt⁴⁸ syns härvid mutatis mutandis vara tillämpliga också i förevarande sammanhang. Sålunda bör en förmedlare inte ha rätt till provision, när den motpart, som erhållit uppgifter om försäljningen av egendomen via förmedlaren, redan tidigare haft kännedom härom:

HD 1970 II 46. Enligt avtal mellan en fastighetsägare och en fastighetsförmedlare hade förmedlaren rätt till provision även i det fall, att fastigheten efter avtalets giltighetstid såldes till person, som av förmedlaren erhållit uppgifter om fastigheten. Enär fastighetsägaren och köparen redan innan förmedlaren utbjudit fastigheten till köparen förhandlat om köpet och förmedlaren inte till köparen lämnat sådana uppgifter, om vilka denne inte tidigare haft kännedom, utdömdes inte provision.

Det förefaller slutligen ligga nära till hands att ge förmedlaren rätt till provision blott om uppdragsgivaren varit eller bort vara medveten om, att köparen erhållit kännedom om avtalsobjektet via förmedlaren. Trots att någon sådan begränsning inte uttryckligen

⁴⁶ Jfr på samma sätt HRL § 10.2. — Denna begränsning uttalas uttryckligen i ett av de uppdragsformulär, som undersökts.

⁴⁷ Jfr HRL § 10.2 och *Telaranta* 1977, 87.

⁴⁸ Se ovan s. 122 f.

framgår ur de klausuler, som ovan omtalats, syns det riktigt, att en uppdragsgivare, som ingått avtal i tron att motparten inte erhållit några uppgifter av förmedlaren och att något provisionsansvar därför inte skall uppkomma, bör gå fri från skyldigheten att prestera efterprovision. Man har i allmänhet förutsatt kännedom hos uppdragsgivaren för att provisionsansvar skall uppkomma;⁴⁹ denna förutsättning bör åsidosättas blott om man i uppdragsavtalet i klara ordalag angivit detta.

Om uppdragsgivaren efter uppdragstidens utgång ger uppdraget till en annan förmedlare, som åstadkommer ett avtal med en köpare, som erhållit uppgifter om avtalsobjektet av den första förmedlaren, eliminerar den nya förmedlarens verksamhet i princip inte den förstnämnda förmedlarens rätt till provision. I ett sådant fall kan uppdragsgivaren m.a.o. bli skyldig att erlagga dubbel provision:

HD 1974 II 68. Enligt ett förmedlingsavtal, som gällde försäljning av egendom, hade förmedlaren rätt till förmedlingsarvode även i det fall att egendomen efter avtalets giltighetstid såldes till person, som direkt eller indirekt hade erhållit uppgifter om egendomen av förmedlaren. Den omständigheten att egendomen, sedan avtalet till följd av uppsägning förfallit, hade sålts, medan ett nytt förmedlingsavtal, som ingåtts med en annan förmedlare, var gällande, fritog icke säljaren från den på villkoret i det tidigare avtalet baserade skyldigheten att erlagga förmedlingsarvode.

Om uppdragsgivaren inte av den första förmedlaren uppmärksamgjorts på klausulen om provision efter avtalstiden, kan han helt överraskande ställas inför skyldigheten att utge dubbel provision. I sådana fall kan det ofta te sig skäligt att med stöd av KSL 4:1 jämka provisionen till denna förmedlare,⁵⁰ särskilt om hans bidrag till avtalets tillkomst inte varit betydande.

⁴⁹ Se ovan s. 123 f.

⁵⁰ Jfr RR:s utslag i det nyss refererade fallet HD 1974 II 68: provisionskravet förkastades som oskäligt, bl.a. emedan förmedlaren inte i detalj gjort redo för den aktuella klausulen åt uppdragsgivaren.

7.3.3.3. *Tidsmässig begränsning av skyldigheten att utge efterprovision*

Flertalet av klausulerna om efterprovision saknar en tidsmässig begränsning av den förpliktelse som åläggs uppdragsgivaren. På de grunder som anförts ovan i p. 7.3.1.2. syns det likväl omöjligt att acceptera en obegränsad giltighet för skyldigheten att utge provision efter uppdragstidens utgång. Vid någon tidpunkt måste uppdragsgivaren vara helt fri från sina förpliktelser gentemot förmedlaren. Någon exakt avgränsning av den godtagbara tidsfristen är knappast tänkbar. Det är uppenbart, att man måste företa en helhetsbedömning, varvid avtal, till vilkas tillkomst förmedlaren bidragit på ett väsentligt sätt, bör ge rätt till provision under en längre tid efter uppdragstidens slut än avtal, vid vilka förmedlarens insats varit av mindre betydelse.

Vissa synpunkter på frågan, hur långa tidsperioder man i förvarande sammanhang i allmänhet bör acceptera, kan man likväl utläsa ur förmedlingspraxis. Ovan framgick, att de förmedlare, som i sina klausuler rörande den föreliggande frågan infört en tidsbegränsning, regelmässigt dragit gränsen vid en period omfattande sex månader efter avtalstidens slut. Denna begränsning överensstämmer med de rekommendationer, som FFmf avgett, vilka i sin tur baserar sig på ett ställningstagande av det internationella fastighetsmäklarförbundet (Fédération Internationale des Professions Immobilières).⁵¹ Denna mer eller mindre internationella kutym att låta rätten till efterprovision omfatta blott avtal, som ingåtts inom

⁵¹ Se Utl. 7/1973 § 6. Också i Utl. 3/1975 § 6 framhåller man, att förmedlaren bör erhålla provision, då avtalet ingåtts inom sex månader efter att uppdraget upphört. Jfr dock Utl. 5/1975 § 9, där man rekommenderade utgivande av provision, trots att 6 1/2 månad förflutit sedan uppdraget upphörde. I detta fall hade emellertid förmedlaren mycket starkt bidragit till avtalet och därtill på uppdragsgivarens begäran förmedlat ny kontakt mellan uppdragsgivaren och köparen också efter det uppdragstiden gått till ända.

sex månader efter uppdragstidens utgång, måste uppenbarligen beaktas vid bedömningen av, hur länge en klausul om efterprovision, som saknar tidsbegränsning, bör anses verksam.

7.3.4. När skall avtal anses slutet?

7.3.4.1. *Avtal som förmedlaren medverkat till*

Som tidigare nämnts, skall förmedlaren, om uppdraget inte innehåller en klausul om efterprovision, i princip inte erhålla provision för avtal som slutits efter utgången av uppdragstiden. Bedömningen av, huruvida ett avtal, som förmedlaren medverkat till, slutits inom uppdragstiden, bör härvid inte ske på rent formella grunder. Om man de facto nått en överenskommelse inom uppdragstiden kan det ofta vara motiverat att tillerkänna förmedlaren rätt till provision, trots att köpebrevet upprättats först efter det denna tid utlöpt.⁵² I annat fall kunde uppdragsgivaren ofta ges möjlighet att på ett illojalt sätt eliminera förmedlarens berättigade krav på provision för ett avtal denne medverkat till. I rättspraxis har man sålunda medgett en förmedlare rätt till provision för att han förmedlat försäljningen av en aktiestock, då köparen avgett sitt köpanbud, som omedelbart i huvudsak accepterats av uppdragsgivaren, inom uppdragstiden, medan köpebrevet uppgjorts fyra dagar efter att uppdraget upphört (HD 1930 II 237). Likaledes har det faktum, att köpebrev uppgjorts först efter uppdragstidens utgång, inte ansetts medföra att rätten till provision borde falla bort, då förmedlaren åstadkommit försäljningen av avtalsobjektet (en tomt) till en stad, vars styrelse inom uppdragstiden beslutat inköpa tomten (HD 1930 II 639). Då förmedlaren fått till stånd ett bindande föravtal inom den avtalade uppdragstiden, bör han inte heller gå miste om rätten till provision blott på den grund att det slutliga avtalet uppgörs först efter uppdragstidens utgång.⁵³

⁵² Stenius 1947, 60.

⁵³ Se det nedan refererade rättsfallet HD 1961 II 75.

Som tidigare framgått, är uppdragsavtalen numera i regel formulerade så, att uppdragstidens slut inte innebär, att förmedlaren efter denna tidpunkt inte skulle erhålla provision för avtal, som han medverkat till. Klausulerna om efterprovision ger honom rätt till provision för sådana avtal även om de sluts efter uppdragstidens utgång. De nämnda klausulerna kan emellertid i sin tur innehålla en exakt tidsmässig begränsning — i regel sex månader — av provisionsrättens utsträckning.⁵⁴ Vid tillämpningen av denna begränsning är den nyss omtalade mindre formella bedömningen av tidpunkten för avtalsslutet uppenbart på sin plats. I detta fall, liksom i det ovannämnda, avskär ju tidsgränsen förmedlarens rätt till provision för avtal, till vilka han på sätt eller annat medverkat.

7.3.4.2. Provisionskrav med stöd av ensamrätt

Då uppdragen numera regelmässigt innehåller klausuler om efterprovision, innebär uppdragstidens utgång i flertalet fall blott att förmedlarens rätt att på grundval av ensamrätt erhålla provision för avtal, till vilkas tillkomst han inte medverkat, upphör. Det syns uppenbart, att man i detta fall borde tillämpa tidsbegränsningen på ett annat sätt än då förmedlaren kräver provision på grundval av ett avtal han själv medverkat till. Man kan vid provisionskrav p.g.a. ensamrätt mycket väl anse det utgöra en förutsättning för provision att avtalet formellt slutits inom uppdragstiden. Enbart den omständigheten, att köparen och säljaren de facto nått fram till en överenskommelse inom denna tid borde inte ge förmedlaren rätt att kräva provision blott med hänvisning till klausulen om ensamrätt. Då uppdragsgivaren skjuter fram avtalsslutet med en köpare, som han själv anskaffat, för att undgå provisionsansvar, handlar han ju inte illojalt gentemot förmedlaren, som på intet sätt medverkat till det avtal, som formellt bekräftas efter uppdragstiden. Ofta kan uppdragsgivaren t.o.m. sägas handla helt i

⁵⁴ Se ovan s. 144, 148.

uppdragets anda, om han uppskjuter avtalsslutet med »sin» motpart för att härigenom inte frånta förmedlaren möjligheten att arbeta på uppdraget under den avtalade uppdragstiden. En klausul om ensamrätt ger också förmedlaren så stora fördelar, att förmedlarens rätt inte bör »utsträckas längre än vad uppdragsgivaren tydligt gått med på».⁵⁵

Den tolkning, som nyss förespråkats, erhåller inte stöd i rättspraxis:

HD 1961 II 75. Uppdragsgivaren hade, efter att han utan resultat hade förhandlat med en köpare om försäljningen av en fastighet, givit en förmedlare i uppdrag att med ensamrätt försälja fastigheten. Under den tid uppdraget var i kraft hade uppdragsgivaren och köparen, vilken med förmedlaren hade diskuterat möjligheterna att sälja fastigheten, ingått ett i JB 1:2 stadgad form uppgjort föravtal om överlåtelse av fastigheten. Det slutliga avtalet hade uppgjorts efter att uppdraget upphört. Förmedlaren krävde provision. RR förkastade talan, bl.a. med hänvisning till att föravtalet inte kunde anses innefatta en sådan överlåtelse, som avsågs i uppdraget. HovR kom till samma slutresultat på de grunder som RR anfört samt emedan föravtalet inte begränsade säljarens rätt att med full äganderätt överlåta fastigheten till annan köpare, som anskaffats av förmedlaren. HD: då uppdragsgivaren på grund av det föravtal han ingått inom uppdragstiden senare överlätit fastigheten och då han sålunda enligt uppdragsavtalet var skyldig att betala provision, förpliktades han att utge den avtalade provisionen på 100 000 mk (omr. 3—2; minoriteten var i övrigt av samma mening som majoriteten, men man ville nedsätta provisionen till ett skälig-befunnet belopp om 40 000 mk).

På de grunder som ovan anförts syns de lägre domstolarnas avgöranden starkare motiverade än HD:s.⁵⁶ Det är därför inte skäl

⁵⁵ *Saxén* 1958, 56.

⁵⁶ Det domslut HD nådde kunde eventuellt ha motiverats med hänvisning till att köparen nyttjat förmedlarens tjänster och att förmedlaren sålunda kunde sägas ha medverkat till avtalet, jfr RR:s utslag, där man uttryckligen konstaterade, att förmedlaren som yrkesmässig fastighetsförmedlare tagit emot uppdraget helt på eget ansvar, varför man inte

att dra alltför långtgående slutsatser av det refererade rättsfallet. Med hänsyn till att avgörandet kan betraktas som relativt färskt måste man förmodligen acceptera regeln, att ett i stadgad form uppgjort bindande föravtal om överlåtelse av fastighet, vilket träffats under uppdragstiden, ger förmedlaren rätt till provision med stöd av klausulen om ensamrätt, ifall slutligt avtal i enlighet med föravtalet sedermera kommer till stånd. Däremot syns man väl kunna hävda, att i annan form gjorda (icke bindande) överenskommelser om köp av fastighet, vilka först efter uppdragstiden bekräftats i den form som föreskrivs i JB 1:2, inte kan anses vara tillräckliga som grundlag för ett provisionskrav med stöd av ensamrätten. Likaledes utgör det refererade rättsfallet inget hinder för att förkasta krav på provision av en förmedlare, som inte medverkat till avtalets tillkomst, exempelvis i situationer av det slag som nämns i de tidigare omtalade rättsfallen HD 1930 II 237 och 1930 II 639.⁵⁷

7.4. AVTALETS ÖVERENSSTÄMMELSE MED UPPDRAGET ⁵⁸

7.4.1. Avtal som förmedlaren medverkat till

I uppdraget specificerar man det resultat förmedlaren skall uppnå.⁵⁹ Detta är av betydelse med hänsyn till förmedlarens provisionskrav: man brukar nämna det som en förutsättning för provi-

kunde beakta den fördel köparen haft av att fastighetens gängse pris utretts med förmedlarens hjälp. HD valde dock att inte stöda sig på detta faktum, utan syns ha nått slutresultatet på grundval av klausulen om ensamrätt. De nyss nämnda speciella omständigheterna i fallet kan likväl anses minska avgörandets prejudikatvärde med hänsyn till de renodlade fall, där avtalet mellan köpare och säljare kommit till stånd helt utan förmedlarens medverkan.

⁵⁷ Se ovan s. 149.

⁵⁸ Jfr även betr. anbudets överensstämmelse med uppdraget vid tillämpningen av klausulen om skyldighet att acceptera anbud ovan s. 108.

⁵⁹ Enligt FFF § 16 (FFFörsI § 20) skall uppdragskontraktet bl.a. innehålla »de uppgifter genom vilka uppdraget individualiseras».

sion, att det råder en viss överensstämmelse mellan avtalet och villkoren i uppdraget.⁶⁰ I regel kräver man likväl inte, att det skall föreligga en fullständig likhet i detta hänseende; oväsentliga eller obetydliga skiljaktigheter mellan uppdraget och avtalet skall inte frånta förmedlaren rätten till provision.⁶¹

Frågan, i vilken utsträckning förmedlaren bör ha rätt till provision eller annan ersättning, då avtalet mer väsentligt avviker från uppdragets villkor till uppdragsgivarens nackdel, bör uppenbarligen bedömas på olika sätt beroende på om själva avtalsslutet företagits med förmedlarens bistånd eller inte. Om uppdragsgivaren med förmedlarens bistånd slutit ett avtal på villkor, som avviker från dem som omtalas i uppdraget, kan han anses ha medgett förmedlaren rätt till ersättning för hjälpen, trots att villkoren i uppdraget inte iakttas. Det är likväl ingalunda nödvändigt att alltid tillerkänna förmedlaren full provision i detta fall.⁶² Man kan ofta i stället välja en medelväg och ge förmedlaren skälig ersättning för de kostnader och det arbete han nedlagt på uppdraget.⁶³ Det faktum, att uppdragsgivaren utnyttjat förmedlarens bistånd, då han ingått ett avtal som är oförmånligare än det avtal, för vilket han utfäst sig att betala provision, kan inte alltid tolkas som ett medgivande att erlagga full provision också för det sämre avtalet.

Om förmedlaren inte medverkat vid avtalsslutet, men grundar sitt provisionsanspråk på, att han anvisat uppdragsgivaren motpar-

⁶⁰ Jfr dock *Beckman* 1970, 613: »Har mäklaren sammanfört de parter, som sedan sluter avtal, måste hans rätt till provision i regel, om ej annat överenskommits, anses oberoende av vilka villkor parterna avtalat och i vad mån mäklaren bidragit till att parterna enats om villkoren».

⁶¹ Så t.ex. *Saxén* 1958, 35 ff., *Stenius* 1947, 59 och *Hiekkaranta* 1969, 206 samt *Sjöman* 1944, 85.

⁶² Jfr dock *Brækhus* 1947, 425 f., som uppenbarligen vill medge full provision.

⁶³ Ett visst stöd för denna ståndpunkt erhåller man av det ovan s. 141 refererade rättsfallet HD 1970 II 59. Motiveringarna är dock såtillvida oklara, att det inte tydligt framgår, om nedsättningen av förmedlarens provisionskrav enbart berodde på, att uppdragstiden gått till ända, eller om även diskrepansen mellan uppdrag och avtal medfört detta resultat.

ten eller att motparten erhållit kännedom om försäljningen av avtalsobjektet av förmedlaren, kan han inte grunda sitt provisionsanspråk på något konkludent medgivande från uppdragsgivarens sida. I detta fall förefaller det därför inte lämpligt, att förmedlaren skulle erhålla mer än en skälig ersättning för kostnader och arbete.⁶⁴ Beroende på omfattningen av förmedlarens insats, graden av avvikelse mellan avtal och uppdrag m.m. kunde man här ofta t.o.m. lämna förmedlaren helt utan ersättning:

HD 1930 II 373. Enligt uppdraget skulle förmedlaren ombesörja uthyrningen av en lägenhet för 300 000 mk/år. Genom ett avtal med en motpart, som erhållit uppgifter om lägenheten genom förmedlaren, uthyrdes den nämnda lägenheten och en annan lägenhet i samma hus för 330 000 mk/år. RR och HovR utdömde full provision. HD: då förmedlaren inte visat, att man för den lägenhet, som omfattades av uppdraget, skulle ha erhållit den i uppdragsavtalet som förutsättning för provision angivna hyran, förkastades förmedlarens krav på provision.⁶⁵

Om man i uppdragsavtalet, såsom är fallet bl.a. i de uppdragsformulär som rekommenderas av FFmf,⁶⁶ anger, att förmedlaren skall sälja avtalsobjektet för den överenskomna köpeskillingen eller

⁶⁴ Se *Saxén* 1958, 36 f. och HD 1932 II 193. Jfr dock det uppenbarligen felaktiga Utl. 3/1975 § 6, där man rekommenderade full provision.

⁶⁵ Se även HD 1952 II 36, där förmedlarens krav på provision likaledes förkastades; resultatet stöddes dock också med ett annat argument, se ovan denna paragraf not 7. Också i HD 1939 II 108 förkastades provisionskravet; i detta fall hade man i uppdragsavtalet uttryckligen angivit, att förmedlaren varken skulle erhålla provision eller kostnadsersättning, om villkoren i uppdraget inte uppnåddes. Avgörandet stöddes också huvudsakligen med andra argument, se ovan denna paragraf not 39, 42.

⁶⁶ I FFmf:s uppdragskontrakt anges: »Köpeskillingen är mk..... eller ett av mig senare godkänt lägre pris». En likadan formulering kan påträffas också bl.a. i ett bankanknutet förmedlingsbolags formulär. Ett annat bankanknutet förmedlingsbolag syns gå ännu längre, då det i sina formulär uttryckligen anger, att förmedlaren skall ha rätt till provision, om man ingår avtal för överenskommen eller annan av säljaren godkänd köpeskillning och på villkor som säljaren i övrigt godkänner.

för ett av uppdragsgivaren senare godkänt lägre pris, kan det i princip inte sägas föreligga någon diskrepans mellan uppdrag och avtal, om köpeskillingen är lägre än den man överenskommit om. Detta syns innebära, att förmedlaren i dessa fall skall erhålla full provision även då köpeskillingen understiger den gräns som anges i uppdraget, ifall avtalet tillkommit som en följd av hans verksamhet.⁶⁷ Om avvikelserna är mycket betydande och förmedlarens medverkan till avtalet har varit av ringa omfattning, syns man likväl in casu kunna bortse från avtalets formulering på denna punkt och nedsätta provisionskravet eller låta det helt bortfalla.

Också i det fall, att det avtal som ingåtts är av en helt annan typ eller omfattar ett annat objekt än vad man förutsatt i uppdraget, är det tänkbart att förmedlaren i enlighet med de ovan anförda principerna bör erhålla en viss ersättning, ifall det ekonomiska syftet med avtalet väsentligen överensstämmer med det som förutsatts.⁶⁸

Om förmedlaren enligt uppdraget har att åstadkomma blott ett avtal — t.ex. ett legoavtal — bör förmedlaren endast erhålla provi-

⁶⁷ Se även Utl. 3/1975 § 10, där utskottet rekommenderade full avtalad provision (2 000 mk), trots att köpeskillingen uppgick till endast 7 000 mk i stället för i uppdraget angivna 12 000 mk.

⁶⁸ Se t.ex. *Brækhus* 1947, 427 och *Beckman* 1970, 619, som bl.a. refererar rättsfallet NJA 1936, 168: en ägare av samtliga aktier i ett aktiebolag, som hade till ändamål att inneha och förvalta en fastighet, gav en förmedlare i uppdrag att sälja fastigheten. Förmedlaren erhöll provision, då en spekulant, som anvisats av honom, i stället för att köpa fastigheten övertog aktierna i bolaget. Avgörandet betecknas av *Nial* 1942, 225 som »mycket rimligt». Från finsk rättspraxis kan nämnas ett liknande opublicerat rättsfall rörande ett inköpsuppdrag, HD 10.9.1964/1739: uppdragsgivarna hade gett förmedlaren i uppdrag att förmedla köpet av en (icke bestämd) tomt i Helsingfors, vilket ledde till att de köpte nästan alla aktier i ett bostadsaktiebolag; förmedlaren erhöll provision. — *Tiberg* 1977, 104 framhåller att mäklaren kan ha »rätt till skälig ersättning men ej provision» om »parterna sluter ett helt annat avtal än det ursprungligen avsedda». — Se även *Fehr* 1925, 102, *Stenius* 1947, 56 samt *Saxén* 1958, 38: »Om kontrahenterna i stället för köp ingår ett avtal av annan typ, t.ex. ett byte, så kan provisionen, om den var beräknad med tanke på att ett köp inginges, icke utan vidare anses gälla även för den nya avtalstypen». Jfr dock Utl. 7/1973 § 6.

sion för detta avtal och inte för eventuella ytterligare avtal — t.ex. förlängningar av legotiden — som parterna senare ingår.⁶⁹ Ifall avtalsparterna spjälkt upp ett avtal i flera endast i syfte att undandra förmedlaren en del av provisionen, är det likväl tänkbart, att provision bör beräknas också för något eller några av de efterföljande avtalen.

7.4.2. Provisionskrav med stöd av ensamrätt

Om förmedlaren gör gällande ett provisionsanspråk på grundval av en klausul om ensamrätt, talar mycket för ett strikt fasthållande vid kravet på överensstämmelse mellan uppdrag och avtal. Som redan tidigare framhållits, kan man med *Saxén* »göra gällande, att en ensamrätt för förmedlaren ger denne en så pass stor favör, att en avtalsbestämmelse om ensamrätt bör tolkas restriktivt och förmedlarens rätt icke utsträckas längre än vad uppdragsgivaren tydligt gått med på.»⁷⁰ Om uppdragsgivaren på egen hand eller med hjälp av en annan förmedlare ingått ett avtal, som till uppdragsgivarens nackdel avviker från de villkor uppdragsavtalet innehåller, kan förmedlaren inte hänvisa vare sig till sin egen verksamhet eller till att det förespeglade resultatet uppnåtts som motivering för ett provisionskrav. Man kan dessutom i detta fall alltid invända, att det kan ha varit omöjligt att få till stånd ett avtal på de villkor, som anges i uppdraget, varför förmedlaren de facto inte lidit någon skada av brottet mot ensamrätten och det sålunda vore oskäligt att kräva provision. Det syns därför riktigt att vid fall av diskrepans mellan uppdrag och avtal bortse från klausulen om provision p.g.a. ensamrätt och i stället bedöma försäljningen av avtalsobjektet till en utomstående som en förtida återkallelse av uppdraget.⁷¹

⁶⁹ Så uppenbarligen *Tiberg* 1977, 103 f. Jfr även *Beckman* 1970, 615.

⁷⁰ *Saxén* 1958, 56.

⁷¹ Se härom ovan p. 7.3.2.4.

§ 8. BORTFALL ELLER NEDSÄTTNING AV PROVISION P.G.A. FÖRMEDLARENS FÖRFARANDE

8.1. BORTFALL AV PROVISION OCH SKADESTÅND

8.1.1. Allmänt

I det följande huvudavsnittet (III) diskuteras frågan, i vilken utsträckning förmedlaren kan göras ersättningsansvarig för de skador han i sin verksamhet förorsakar uppdragsgivaren och motparten. Om uppdragsgivaren på grundval av de principer, som anförs i detta huvudavsnitt, erhåller rätt till skadestånd av förmedlaren, kan han givetvis i regel använda detta krav till kvittning mot förmedlarens krav på provision,¹ i den mån förmedlaren kan anses ha rätt till provision trots sin försummelse. Stundom kan man emellertid också utnyttja bortfall av rätten till provision som en i förhållande till skadeståndssanktionen självständig sanktion mot förmedlarens försumlighet med egna tillämpningsföresättningar.

I vissa situationer förefaller en tillämpning av påföljden att provisionen bortfaller att leda till tämligen likartade resultat som användningen av en skadeståndssanktion. Detta är t.ex. fallet, när förmedlaren culpöst försummat att ge sin uppdragsgivare

¹ Se betr. norsk rätt *Brækhus* 1947, 462.

nödiga upplysningar i samband med avtalsslutet, vilka skulle ha avhållit uppdragsgivaren från att ingå avtalet, och avtalet sedermera hävs på denna grund. Här kan man givetvis göra gällande, att uppdragsgivaren gentemot förmedlaren har ett skadeståndskrav omfattande det negativa kontraktsintresset, d.v.s. den provision som p.g.a. hävningen blivit onyttig, och att detta krav kan kvittas mot förmedlarens lika stora krav på provision för avtalet. *Brækhus* framhåller dock, att det här är »noe formelt å si at det oppstår et provisjonskrav som avregnes mot et like stort erstatningskrav. Den naturlige formulering er at megleren i disse tilfellene taper retten til provisjon på grunn av sin uaktsomhet.»²

Det är likväl skäl att framhålla, att uppdragsgivarens rätt till skadestånd i de nämnda fallen i princip inte kan begränsas till provisionens belopp. Om uppdragsgivaren p.g.a. förmedlarens försummelse lider annan skada än att hans provisionskostnader blir överflödiga, kan han kräva ersättning även för denna skada i enlighet med de regler som omtalas nedan i huvudavsnitt III. Det är emellertid tänkbart, att man kan kräva större försummelser från förmedlarens sida för att ålägga honom skadeståndsansvar än för att låta hans rätt till provision falla bort. De subjektiva förutsättningarna för användningen av de båda sanktionsformerna behöver ingalunda sammanfalla. — I praktiken är det naturligtvis i regel också lättare för uppdragsgivaren att göra gällande bortfall av provision än att kräva skadestånd av förmedlaren.

8.1.2. Exempel: försumlighet att kontrollera motparts betalningsförmåga

Det kanske viktigaste exemplet på situationer av ovannämnd typ, i vilka förmedlarens försumlighet att ge upplysningar till uppdragsgivaren kan leda till att förmedlaren förlorar rätten till provision,

² *Brækhus* 1947, 462.

är fallet, att förmedlaren inte upplyst sin uppdragsgivare om brister i motpartens betalningsförmåga. I doktrinen råder också enighet om, att en förmedlare, som känner till att den spekulant han anskaffat förmodligen inte kommer att uppfylla sina förpliktelser, är skyldig att uppmärksamgöra sin uppdragsgivare på detta vid äventyr att han annars går miste om sin rätt till provision, ifall motparten inte fullgör avtalet.³ Som senare kommer att framgå, kan förmedlaren i detta fall naturligtvis också bli skadeståndsansvarig utöver provisionsbeloppet.

I avsnittet om förmedlarens skadeståndsansvar vid brister i motpartens solvens⁴ argumenteras också för en regel, enligt vilken förmedlaren skall ha en viss undersökningsplikt; han bör bli ersättningsansvarig ifall det förelegat omständigheter, som bort ge honom anledning att kontrollera motpartens solvens närmare. Då man enligt det som sagts ovan bör utgå från, att sanktionen bortfall av provision kan tillgripas på svagare grunder än en längre gående skadeståndspåföljd, måste man uppenbarligen också godta, att förmedlarens rätt till provision bortfaller vid motpartens insolvens, om förmedlaren underlåtit att göra av omständigheterna påkallade undersökningar. I detta fall borde redan en ytterst lätt grundad misstanke hos förmedlaren rörande brister i motpartens betalningsförmåga, som inte leder till åtgärder eller delges uppdragsgivaren, kunna medföra, att förmedlarens rätt till provision bortfaller, då misstanken besannas. *Saxén* syns m.a.o. uppställa en åtminstone för fastighetsförmedlingens del alltför begränsad regel, då han hävdar att bortfall av provision p.g.a. förmedlarens underlåtenhet att undersöka motpartens solvens kommer i fråga blott om »sådana särskilda omständigheter föreligger, att förmedlaren icke kan sägas ha handlat redligt».⁵

³ Så *Saxén* 1958, 19, *Stenius* 1947, 62, *Beckman* 1970, 620, *Fehr* 1925, 101 och *Brækhus* 1947, 462 samt HD 1923 d.ref. 45.

⁴ Se nedan § 11.4.

⁵ *Saxén* 1958, 19.

8.2. BORTFALL AV PROVISION UTAN HÄNSYN TILL SKADAN

8.2.1. Allmänt

Bortfall av provision kan komma i fråga också i sådana fall, där förmedlarens klandervärda förfarande inte lett till någon skada för huvudmannen. Sålunda framhåller t.ex. *Brækhus*, att »den typiske forutsetning for et provisjonsløfte er ikke bare at meglerens arbeid objektivt sett fører fram; det må også settes visse krav til den subjektive innsats. Det kan ikke forlanges at den i alle måter er uklanderlig. Men opptrer megleren forsettlig direkte i strid med partens interesser, kan denne ikke være bundet av sitt løfte, selv om meglerens onde hensikt ikke har ført fram».⁶ Också *Saxén* går på samma linje: »En förmedlare, som direkt handlat i strid med sin uppdragsgivares intressen, bör icke ges rätt till provision».⁷

8.2.2. Trolöshet gentemot uppdragsgivaren

På basen av de anförda synpunkterna kunde man hävda, att en förmedlare som erhållit uppdrag också av uppdragsgivarens motpart borde gå miste om sin rätt till provision av uppdragsgivaren p.g.a. sin trolöshet mot denne. Då det är utmärkande för förmedlare, att de kan ta emot uppdrag från presumtiva avtalsparter på vardera sidan, samt då man brukar anse, att förmedlaren alltid är skyldig att i viss utsträckning tillvarata vardera avtalspartens intressen,⁸ syns man likväl inte kunna uppställa en fullt så långtgående regel. Däremot förefaller det överensstämma med god sedvänja vid fastighetsförmedling, att en förmedlare, som erhållit ett uppdrag av motparten, vilket ger förmedlaren rätt till provi-

⁶ *Brækhus* 1947, 463.

⁷ *Saxén* 1958, 58.

⁸ Se nedan § 10.2.

sion av denne i tillägg till den provision han skall erhålla av uppdragsgivaren, tillkännager denna omständighet för uppdragsgivaren.⁹ Ett sådant tillkännagivande syns också förutsättas i FFF § 21.2¹⁰. Omtalar förmedlaren inte för sin uppdragsgivare, att han ämnar lyfta provision också av motparten, syns han ha förfarit så illojalt gentemot uppdragsgivaren, att han borde gå förlustig sin rätt till provision av denne oberoende av, huruvida uppdragsgivaren lidit någon skada p.g.a. det illojala förfarandet. Härvid borde det vara irrelevant, huruvida det sammanlagda beloppet av de båda provisionskraven överstiger godtagbar taxa eller inte: illojaliteten i förmedlarens handlande ligger ju däri, att han för sin uppdragsgivare hemlighåller en omständighet, som *kan* påverka honom att bortse från uppdragsgivarens berättigade intressen, t.ex. genom att inte kontakta andra spekulanter eller t.o.m. genom att hemlighålla anbud från andra spekulanter. — Som tidigare nämnts,¹¹ har

⁹ Se FFmf:s moralkodex § 18: »Ifall mäklaren i sitt uppdrag representerar någondera avtalsparten må han inte mottaga ersättning eller annat arvode av annan än en avtalspart om icke i något speciellt fall där-om, till följd av mäklarens kännedom om vardera partens affärer, särskilt avtalats mellan samtliga parter». Se även nedan s. 167, där det framgår att förmedlarna vid inköpsuppdrag oftast syns begagna uppdragsformulär, som utesluter att förmedlaren skall erhålla full provision av såväl säljare som köpare. — Jfr dock FFmf:s utlåtande i samband med det ovan s. 59 refererade rättsfallet från Helsingfors HovR, där man helt allmänt framhåller, att det inte står i strid med affärssed att ta emot uppdrag av vardera parten, så länge det sammanlagda beloppet av provisionen inte överstiger godtagbar taxa (utlåtandet är publicerat i KS 3/1972, 10). Att det sistnämnda argumentet inte är hållbart i situationer, där förmedlaren inte underrättat uppdragsgivaren om provisionen av motparten, framhålls nedan i texten; om man, som FFmf i det nämnda utlåtandet, skulle anse förmedlaren ha kränkt uppdragsgivarens intressen blott om det kan visas, att någon annan än motparten senast vid köpslutet hade varit beredd att betala ett högre pris för fastigheten, skulle man i praktiken lämna dörrarna vidöppna för illojalt förfarande från förmedlarens sida.

¹⁰ »Ämnar förmedlaren avsluta köp för egen räkning eller har han eljest särskild fördel av köp, skall han därom underrätta uppdragsgivaren.» Samma regel ingår i FFFörsI § 25.2.

¹¹ Se ovan s. 59.

Helsingfors HovR dock i ett relativt färskt rättsfall rörande en situation av här nämnd typ nöjt sig med en nedsättning av provisionsbeloppet. Den ståndpunkt som gjordes gällande av minoriteten i HovR syns dock — i belysning av det ovan sagda — ingalunda omotiverad.

Också i andra fall, där förmedlaren har någon särskild fördel av ett avtal, bör han enligt FFF § 21.2 underrätta uppdragsgivaren härom.¹² Om detta inte sker bör förmedlaren också här p.g.a. sitt illojala och lagstridiga handlande gå miste om sin rätt till provision av uppdragsgivaren utan hänsyn till, om uppdragsgivaren lidit någon skada av förmedlarens förfarande.

Den i FFF stadgade underrättelseskyldigheten omfattar också köp, som förmedlaren ämnar avsluta för egen räkning. I doktrinen har man emellertid framhållit, att förmedlaren vid sådant självinträde skall ha rätt till provision blott ifall uppdragsgivaren i samband med självinträdet särskilt medgivit honom en sådan rätt.¹³

8.2.3. Vanskötsel av uppdraget

Även en allmän vanskötsel av uppdraget kan stundom leda till, att förmedlaren bör gå förlustig sin rätt till provision oberoende av, om uppdragsgivaren lidit någon skada eller inte. Sålunda brukar man — med rätta — hävda, att en förmedlare med ensamrätt, som inte inom rimlig tid utfört något arbete på uppdraget, inte bör erhålla någon provision på grundval av ensamrätten, om uppdragsgivaren sedermera själv eller med hjälp av en annan förmedlare säljer fastigheten.¹⁴

¹² Se även FFmf:s moralkodex § 17.2: »Samtliga utlåtanden och värderingar måste ges opartiskt och bör mäklaren helt avstå från att avge utlåtande och värderingar i fall där mäklaren själv har synnerlig nytta».

¹³ *Fehr* 1925, 99, *Brækhus* 1947, 459 ff.

¹⁴ *Saxén* 1958, 58 f., *Brækhus* 1947, 413 f. Se även det av *Beckman*

Även i sådana fall, där förmedlaren medverkat till avtalets tillkomst, syns hans försummelser ibland kunna medföra bortfall eller nedsättning av provision. Fastän t.o.m. en förmedlare, som saknar ensamrätt, i regel anses ha rätt till provision redan om han givit uppdragsgivaren anvisning på motparten, syns det sålunda näraliggande att låta en förmedlare, som inte hör sammar uppdragsgivarens begäran om bistånd vid avtalsslutet, gå miste om sin rätt till provision; åtminstone kunde provisionen i detta fall nedsättas till ett belopp som motsvarar förmedlarens kostnader och arbete på uppdraget. Som tidigare nämnts,¹⁵ utgör det ju mer eller mindre stadgad praxis på fastighetsförmedlingens område, att förmedlaren uppgör köpebrevet och i övrigt bistår parterna, då avtalet ingås, varför uppdragsgivaren i regel kan antas ha givit sitt provisionslöfte just under förutsättning att förmedlaren skall ge honom allt det bistånd han behöver för att avtal skall komma till stånd. — Om förmedlaren missköter sig under avtalsförhandlingarna kan det likaledes bli aktuellt att nedsätta provisionen eller låta den bortfalla.¹⁶

Om förmedlaren begår någon försummelse, som skulle medföra skadeståndsskyldighet för honom, men uppdragsgivaren undgår skada genom att själv ingripa och rätta till felet, kan det stundom — beroende på försummelsens grovhet — vara skäligt att i stället helt eller delvis förvägra förmedlaren rätt till provision.¹⁷

1970, 611 refererade rättsfallet NJA 1948, 163, där provisionstalan ogillades med stöd av skuldebrevslagen § 8, då fastigheten såldes mer än ett år efter det förmedlaren erhållit uppdraget och denne inte gjort något för att få den såld.

¹⁵ Se ovan s. 8 f.

¹⁶ Se även *Beckman* 1970, 613 och *Saxén* 1958, 30, vilka med hänvisning till rättsfallet NJA 1927, 549 konstaterar, att uppdragsgivaren i detta fall kan återkalla uppdraget med påföljd att förmedlaren går miste om provision, fastän han anskaffat en medkontrahent före återkallelsen, jfr ovan § 7.3.1.3.

¹⁷ Se t.ex. *Vinding Kruse* 1976, 94.

8.3. NEDSÄTTNING AV PROVISION P.G.A. FÖRSUMMELSE GENTEMOT MOTPARTEN

Som i avsnittet om förmedlarens skadeståndsskyldighet närmare omtalas, är förmedlaren enligt FFF § 21.1¹⁸ skyldig att »bevaka vardera partens intressen i enlighet med vad god affärssed kräver», varför förmedlaren kan bli skadeståndsskyldig gentemot motparten, om han förfarit försumligt i förhållande till denne. Däremot syns förmedlarens culpa i förhållande till motparten mer sällan kunna leda till bortfall eller nedsättning av provisionen; då motparten inte bär något provisionsansvar gagnas han inte av, att förmedlaren drabbas av en sådan sanktion. I en situation, som nämns i det följande, syns likväl det faktiska läget vara sådant, att en användning av termerna nedsättning eller bortfall av provision ter sig lika naturlig som att tala om en skadeståndspåföljd. Det förefaller här vara mer eller mindre en smaksak om man skall säga, att förmedlarens rätt till provision nedsätts till förmån för motparten eller att förmedlaren har att utge skadestånd till motparten.

Talet om nedsättning eller bortfall av provision p.g.a. försummelse mot motparten syns vara på sin plats i fall, där denne lämnat handpeng för ett avtal, som sedermera inte kommer till stånd av en anledning som medför rätt för säljaren att kvarhålla handpengen.¹⁹ Om förmedlaren här förfarit försumligt gentemot motparten, kan man tänka sig, att han skyldigkänns att till förmån för sagda motpart helt eller delvis avstå från sin provision och återställa motsvarande delar av handpengen till denne. Denna lösning förefaller att vara särskilt aktuell i samband med avvecklingen av de överlåtelsekedjor, som ofta uppkommer då bostäder överlåts. Ofta är ju fallet här att köparen avser att finansiera sitt köp genom att själv överlåta sin bostad. Om förmedlaren i ett sådant fall får en

¹⁸ FFFörsl § 25.1; här har »god affärssed» ersatts med »god fastighetsförmedlarsed.»

¹⁹ Om förmedlarens försumlighet leder till att anbudsgivaren har rätt att återta sitt anbud bör förmedlaren naturligtvis återställa handpengen i sin helhet till anbudsgivaren, se nedan § 12 not 28.

spekulant att lämna handpeng för något objekt genom att t.ex. ge överdrivna förespeglningar om förmedlarens möjligheter att för ett högt pris sälja spekulantens lägenhet, men han sedermera inte lyckas få till stånd denna försäljning, varigenom spekulanten i sin tur blir tvungen att återta sitt anbud, ligger det nära till hands att (åtminstone) skyldigkänna förmedlaren att till spekulanten återställa den provision han uttagit ur handpengen.²⁰

I detta sammanhang är det på sin plats att referera ett par utlåtanden från FFmf, vilka syns bygga på sådana principer, som här förfäktats:

Utl. 4/1973 § 4. En person, som lämnat handpeng på ett objekt, anhöll om utlåtande angående hennes rätt att återfå handpengen. Utskottet, som inte ville ta ställning till frågan om säljarens skyldighet att återställa handpengen, ansåg att det skulle överensstämma med riktig fastighetsförmedlarmoral och god affärssed, om förmedlaren i det föreliggande fallet skulle nedsätta sin provision med en tredjedel, emedan köparen klart haft för avsikt att finansiera sitt köp med de medel hon erhållit vid försäljningen av sin fastighet, varvid förmedlaren hade varit skyldig att undersöka byggnadsrätten på ifrågavarande fastighet, innan han mottog handpengen.

Utl. 11/1973 § 7. Då förmedlarens påstående, att en köpare, som krävde åter handpeng, som hon givit, hade meddelat att hennes möjligheter att erhålla lån var i sin ordning, inte kunde ojävigt bevisas, och då köparen i fråga bestred det, fann utskottet att förmedlaren måste anses ha försummat att noggrannt utreda förutsättningarna för köpet. P.g.a. försummelsen hade köpet helt återgått och köparen blivit utan bostad, då ifrågavarande förmedlare just hade sålt hennes tidigare lägenhet. Med beaktande av den affärssed FFmf hade anammat borde förmedlaren därför i sin helhet återställa handpengen till köparen.

²⁰ Jfr även Utl. 3/1976 § 4, där köparen dock uttryckligen givit handpeng blott på villkor att förmedlaren inom viss tid och för en bestämd köpeskilling skulle få till stånd en försäljning av köparens lägenhet. Då förmedlaren inte lyckades med detta ansågs han givetvis skyldig att återställa handpengen i dess helhet. Se även Utl. 3/1977 § 5.

§ 9. PROVISIONEN VID INKÖSUPPDRAG

9.1. ALLMÄNT

De uppdragsformulär som begagnas vid inkösuppdrag avviker av naturliga skäl i regel avsevärt från motsvarande formulär vid försäljningsuppdrag. I det följande refereras huvudpunkterna i de två formulär för inkösuppdrag, som erhållits från FFmf, samt i ett motsvarande formulär, som utnyttjas av ett bankanknutet förmedlingsbolag; de andra förmedlare, som kontaktats inom ramen för undersökningen av avtalspraxis, har inte insänt några formulär av denna typ. Här berörs framför allt de frågor, där avtalen innehåller regleringar, som avviker från dem som är vanliga vid försäljningsuppdrag. Sålunda behandlas t.ex. inte de klausuler om uppdragstiden och om uppsägning av uppdraget samt om efterprovision, som kan påträffas i ett par av formulären, då dessa klausuler i stort sett överensstämmer med motsvarande klausuler vid försäljningsuppdrag.

Också beträffande sådana frågor, som inte berörs i uppdragsavtalen, kan de synpunkter, som tidigare anförts, naturligtvis i stor utsträckning mutatis mutandis åberopas även här, varför en förnyad genomgång av dessa problem inte är på sin plats i detta sammanhang.

9.2. SEKUNDÄRT PROVISIONSANSVAR

I vartdera av de formulär, som erhållits från FFmf, anges en viktig begränsning i köparens/uppdragsgivarens skyldighet att utge

provision: provisionsansvaret betraktas som sekundärt i förhållande till säljarens motsvarande ansvar. Om förmedlaren av säljaren har fått i uppdrag att mot provision förmedla försäljningen av den egendom som han inom ramen för inköpsuppdraget erbjuder åt köparen, skall enligt de nämnda formulären säljaren ansvara för provisionen, medan köparen befrias från provisionsansvar. Enligt dessa uppdragsformulär skall förmedlaren inte erhålla dubbel provision.

Det formulär, som insänts av ett bankkanknutet förmedlingsbolag, innehåller inget motsvarande undantag i förmedlarens rätt till provision av köparen. Här anges helt kort, att uppdragsgivaren/köparen (alltid) skall prestera en provision uppgående till 4 % av köpeskillingen, ifall uppdraget leder till köp eller byte.

9.3. AVTAL SOM FÖRUTSÄTTNING FÖR PROVISION

En betydande skillnad mellan inköps- och försäljningsuppdragen ligger däri, att man vid de förstnämnda inte ålägger uppdragsgivaren någon skyldighet att betala provision så snart förmedlaren anskaffat en lämplig avtalspart. I ett par av formulären framhåller man t.o.m. uttryckligen, att uppdragsgivaren förbehåller sig rätten att förkasta eller godkänna förmedlarens förslag. Principen »no cure no pay» skall m.a.o. i regel tillämpas vid inköpsuppdrag.¹ Rätten till provision förutsätter här tillkomsten av ett giltigt avtal i enlighet med de principer som tidigare utvecklats.

Vissa särskilda detaljregler kan beröras i detta sammanhang.² Tidigare har relativt vidlyftigt diskuterats, vilka följder brister i behörigheten på säljares/uppdragsgivares sida har med hänsyn till

¹ Enligt ett av de formulär som erhållits från FFmf kan dock uppdragsgivaren förbinda sig att betala särskild ersättning för annonskostnader upp till ett i uppdraget angivet högsta belopp. Denna ersättning skall presteras oberoende av om avtal ingåtts eller inte.

² Se även betr. köparens skyldighet att erlagga provision vid inlösen eller förköp ovan s. 79, 81 och 82.

dennes skyldighet att prestera provision.³ Vid inkösuppdrag syns frågan om följderna av brister i säljarens behörighet vara lättare att bemästra. Då det uppenbarligen måste vara förmedlarens sak att kontrollera behörigheten hos den person han anvisar som motpart för sin uppdragsgivare, bör han inte erhålla provision av uppdragsgivaren, ifall avtalet återgår p.g.a. att makes tillstånd inte ges eller p.g.a. att säljarens behörighet att överlåta egendomen annars är begränsad.⁴

9.4. KRAVET PÅ KAUSALSAMBAND

Också såtillvida skiljer sig inkösuppdragen från försäljningsuppdragen, att klausuler om ensamrätt här inte förefaller vara lika allmänna. I det ena av de formulär som ingivits av FFmf samt i det bankanknutna förmedlingsbolagets formulär konstaterar man sålunda, att provision skall erläggas blott om ett av förmedlaren framlagt förslag leder till köp eller byte. I det andra formuläret från FFmf anger man visserligen att uppdraget givits med ensamrätt; dock skall förmedlaren även enligt detta formulär blott ha rätt till skäligen ersättning för utnyttjad arbetstid och kostnader, ifall köparen under uppdragets bestånd anskaffar den i uppdraget nämnda egendomen direkt av säljaren eller genom förmedling av tredje man.

I samtliga tre formulär tillerkänns förmedlaren m.a.o. full provision blott om hans förslag eller — i formuläret med ensamrätt — hans verksamhet leder till att avtal uppkommer. De allmänna principer rörande kravet på kausalsamband, som utvecklats ovan,⁵ kan därför åberopas även här. Det är t.o.m. tänkbart, att man i det föreliggande fallet förutsätter, att förmedlarens verksamhet skall ha varit av större intensitet och haft mer väsentlig betydelse för

³ Se ovan § 6.2.5.1 och 6.2.6.1.

⁴ *Saxén* 1958, 23.

⁵ Se ovan § 7.2.1.

avtalets tillkomst än vad som skulle krävas vid ett försäljningsuppdrag. Sålunda framhåller *Beckman*, att man vid inköpsuppdrag torde »få lägga mera vikt vid vilket arbete som verkligen utförts samt anse rätten till ersättning för indirekt medverkan snävare begränsad».⁶

9.5. KÖP GENOM BULVAN

Om det avtalsobjekt, som inköpsuppdraget omfattar eller som förmedlaren anskaffat, säljs till annan person än uppdragsgivaren, är denne givetvis inte skyldig att erlagga provision.⁷ Uppdragsgivaren kan därför söka undandra förmedlaren rätten till provision genom att utnyttja en bulvan, som inköper avtalsobjektet för uppdragsgivarens räkning. Ifall förmedlaren kan visa, att ett sådant bulvanförhållande föreligger, bör han naturligtvis ha rätt till avtalsenlig provision.⁸

⁶ *Beckman* 1970, 609 f. — I det i texten nämnda uppdragsformulär, i vilket förmedlaren förbehållit sig ensamrätt, uttalar man dock uttryckligen, att uppdragsgivaren skall vara skyldig att utge provision om han själv, eller någon annan för honom på hans uppdrag, köper i uppdragsavtalet nämnd egendom, som förmedlaren under avtalsperioden *direkt eller indirekt* erbjudit honom.

⁷ Se även HD 1939 II 299: A hade förbundit sig att betala provision till en förmedlare, om han själv eller B skulle köpa vissa fastigheter. B köpte tillsammans med C fastigheterna. RR och HovR dömde ut provision. HD: då uppdragsavtalet skulle förstås så, att A skulle prestera provision blott om antingen A eller B eller A och B gemensamt köpte fastigheterna och A därför inte var skyldig att utge provision, då fastigheterna såldes åt B och C, förkastades förmedlarens talan om erhållande av provision. Ett justitieråd fann inte skäl till ändring.

⁸ Detta påpekas också uttryckligen i den klausul, som omnämns ovan denna paragraf i not 6.

the first of these is the fact that the
 the second is the fact that the
 the third is the fact that the
 the fourth is the fact that the

the fifth is the fact that the
 the sixth is the fact that the
 the seventh is the fact that the
 the eighth is the fact that the

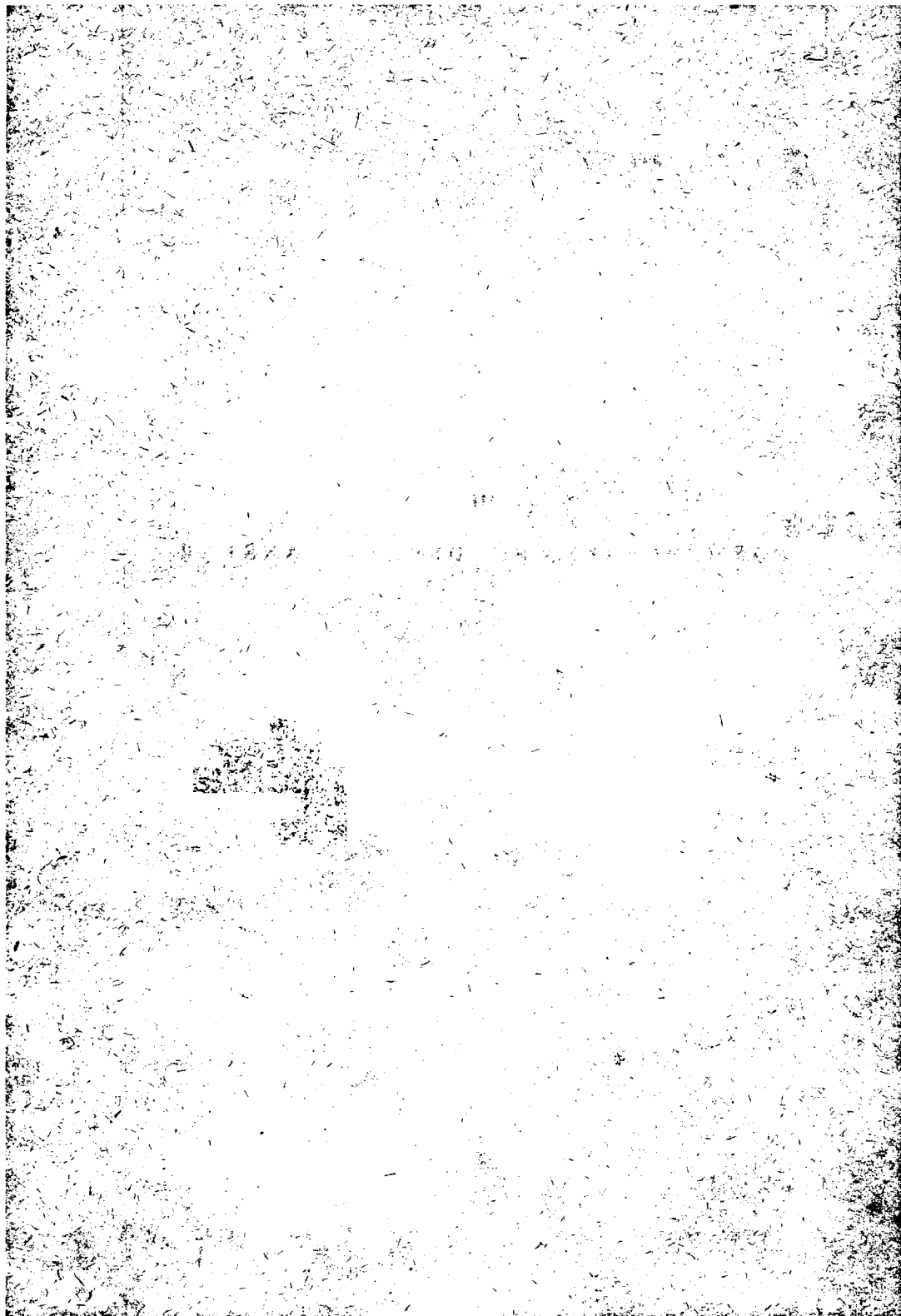
the ninth is the fact that the
 the tenth is the fact that the
 the eleventh is the fact that the
 the twelfth is the fact that the

the thirteenth is the fact that the
 the fourteenth is the fact that the
 the fifteenth is the fact that the
 the sixteenth is the fact that the

the seventeenth is the fact that the
 the eighteenth is the fact that the
 the nineteenth is the fact that the
 the twentieth is the fact that the

III

FÖRMEDLARENS SKADESTÅNDSANSVAR



§ 10. ALLMÄNNA SYNPUNKTER

10.1. INLEDNING

10.1.1. Förpliktelser och sanktioner

En fastighetsförmedlare har inte blott en rättighet att erhålla provision för sin verksamhet; han har också vissa skyldigheter gentemot sina kunder. Ifall han bryter mot sina förpliktelser kan han drabbas av olika slags sanktioner. Tidigare har behandlats påföljden bortfall av rätt till provision, som kan komma i fråga vid vissa slag av försummelse från förmedlarens sida. Om man så önskar kunde dessutom många av de s.k. förutsättningarna för rätten till provision också betecknas som förpliktelser med provisionsbortfall som påföljd. Man kunde t.ex. i stället för att tala om avtal som förutsättning för provision säga, att förmedlaren har en skyldighet att få till stånd ett giltigt avtal och att icke-uppfyllelse av denna skyldighet skall leda till förlust av provision. Stundom kommer även återkallelse av uppdraget i fråga som sanktion mot olämpligt förfarande från förmedlarens sida.¹ Vidare kan brott mot vissa — »egentliga» — förpliktelser leda till att förmedlaren drabbas av en skadeståndssanktion, d.v.s. han skyldigkänns att ersätta uppdragsgivaren eller motparten den skada de lidit p.g.a. försummelsen.

Frågan om förmedlarens förpliktelser kan behandlas ur två olika perspektiv. Man kan utgå från förpliktelserna och behandla sanktionerna i anslutning till varje förpliktelse.² En annan möjlighet

¹ Se ovan s. 139 f.

² Så t.ex. Sandvik 1971, 46. Att såsom t.ex. Hiekkaranta 1969, 3 helt

är att lägga sanktionerna till grund för framställningen och undersöka, vilka slag av försummelser, som kan leda till utnyttjande av respektive sanktion. Det senare alternativet har här befunnits naturligt, i det bl.a. påföljden provisionsbortfall lämpligen bör behandlas i anslutning till frågan om förmedlarens rätt till provision, medan det åter till användningen av skadeståndspåföljden ansluter sig ett flertal med hänsyn till samtliga förpliktelser gemensamma spörsmål, som kan behandlas koncentrerat. Dessa frågor berörs närmare i föreliggande paragraf.

10.1.2. Material

Rättspraxis i högsta instans rörande fastighetsförmedlares skadeståndsansvar kan hos oss inte påträffas i publicerad form.³ Denna rättskälla ger därför ringa vägledning vid bedömningen av frågor av föreliggande typ. Däremot förekommer det rörande dessa spörsmål ett flertal utskottsutlåtanden från FFmf, vilka åtminstone kan ge en fingervisning om, vad man inom branschen anser utgöra god sed. En orsak till det relativt omfattande antalet utlåtanden angående förmedlarens skadeståndsansvar är, att utskottet anlitas som remissorgan av fastighetsförmedlarnas ansvarsförsäkringsgivare.

I FFF ingår ett flertal regler om förmedlarens skyldigheter gentemot avtalsparterna. I anslutning till dessa regler har man emellertid som känt blott nämnt straff- och näringsrättsliga på-

bortse från påföljderna kan däremot inte vara acceptabelt. Ur *Hiekkarantas* arbete kan hämtas flera exempel på de oklarheter en sådan stympad frågeställning kan medföra; när författaren t.ex. på s. 190 ff. diskuterar frågan om förmedlarens handlingsskyldighet begagnar han uppenbarligen begreppet skyldighet blott i betydelsen skadeståndsgrundande skyldighet, medan han i andra sammanhang anser bortfall av provision utgöra ett tecken på att det föreligger en skyldighet för förmedlaren (t.ex. s. 199, 207 ff., 220).

³ Jfr betr. det rikligare rättsfallsmaterialet i Danmark *Frost* 1964, 73 ff.

följder, medan man inte sagt något om förmedlarens eventuella skadeståndsansvar. Som senare närmare skall utvecklas följer likväl av allmänna skadeståndsrättsliga principer, att brott mot de nämnda skyldigheterna i regel bör medföra ersättningsansvar, ifall övriga förutsättningar för skadestånd är för handen.⁴

I de uppdragsformulär som genomgått inom ramen för undersökningen har inte påträffats några klausuler om förmedlarens skadeståndsansvar. Beträffande frågor av detta slag kommer därför den dispositiva rättens regler att äga full praktisk relevans.

10.1.3. Ansvarsförsäkring m.m.

Vid bedömningen av ansvarsfrågorna i anslutning till fastighetsförmedling är det skäl att beakta, hur ansvaret täckts genom försäkring. År 1978 var bl.a. medlemmarna i FFFmf ansvarsförsäkrade på Skadeförsäkringsföreningens allmänna ansvarsförsäkringsvillkor kompletterade med de speciella villkoren för förmögenhetsansvarsförsäkring. Bland de förmedlare som stod utanför förbundet torde 20—25 ha haft en liknande försäkring.⁵

I syfte att åstadkomma ett effektivare konsumentskydd har man i FFFFörsl § 11 p. 1 velat göra ansvarsförsäkringen obligatorisk. Enligt den föreslagna regeln skulle det utgöra en förutsättning för erhållande av tillstånd att idka fastighetsförmedlingsrörelse, att man för rörelsen har tecknat en godtagbar ansvarsförsäkring. Fastighetsförmedlare som tidigare erhållit tillstånd vore skyldig att inom två år efter det FFFFörsl trätt i kraft visa att han anskaffat försäkringen vid äventyr att tillståndet annars kunde betraktas som förfallet (FFFFörsl § 46.2).

Ansvarsförsäkringen ger emellertid inte något fullständigt skydd för konsumenten. Om förmedlarens skadeståndsgrundande handlande kan betecknas som uppsåtligt eller grovt vårdslöst, kan

⁴ Se närmare nedan s. 186.

⁵ *Muistio* 1978, 40.

försäkringsgivaren enligt försäkringsvillkoren nedsätta ersättning-
en eller helt låta bli att betala ersättning. Sålunda omfattas t.ex.
en brottslig handling inte av ansvarsförsäkringen.⁶ Av denna an-
ledning har man i FFFörsI § 11 p. 2 ytterligare förutsatt, att fastig-
hetsförmedlare för att täcka det ersättningsansvar han kan drabbas
av p.g.a. sin verksamhet bör ställa en tillräcklig säkerhet, varom
handels- och industriministeriet ger närmare bestämmelser.⁷ För
redan verksamma fastighetsförmedlare föreslås även beträffande
denna säkerhet, att den bör visas vara ställd inom två år efter att
FFFörsI trätt i kraft.

10.2. FÖRMEDLARENS SKYLDIGHET ATT TILLVARATA VARDERA PARTENS INTRESSEN

10.2.1. Allmänt

När förmedlaren har erhållit ett uppdrag är han skyldig att
tillvarata sin uppdragsgivares intressen inom ramen för uppdraget.
Efter att förmedlaren lyckats intressera en motpart för ett avtal
uppkommer frågan, huruvida han i någon utsträckning kan anses
vara skyldig att tillvarata också dennes intressen. Om detta spörsmål
besvaras jakande, kan man vidare fråga, hur förmedlaren skall
förhålla sig till avtalsparternas intressen i det fall, att dessa är mot-
stridiga. Skall han då ensidigt befrämja sin uppdragsgivares
intressen på motpartens bekostnad eller skall han sträva till att för-
hålla sig neutral i relation till avtalsparterna?

I den nordiska mäklarrättsliga litteraturen har man i regel före-
språkat en neutralitetsregel. Mäklaren anses ha skyldighet att vid
avtalsförhandlingarna i lika mån tillvarata vardera partens intres-
sen och han anses i detta sammanhang ha likadana skyldigheter

⁶ Muistio 1978, 41 f.

⁷ Vissa synpunkter härpå ges i Muistio 1978, 42 ff.

mot vardera avtalsparten.⁸ Stundom har man dock velat göra ett undantag för det fall att vardera parten har anlitat var sin mäklare. I detta fall skulle mäklaren blott vara skyldig att tillvarata sin egen uppdragsgivares intressen.⁹

10.2.2. FFF § 21.1

I 1945 års F angående fastighetsförmedlare § 9.1 framhölls, att förmedlaren hade att bevaka sin huvudmans fördel i enlighet med god affärssed. Vid förnyelsen av förordningen år 1968 ansåg man emellertid det viktigt, att också köparens skäliga intressen beaktades,¹⁰ varför man uttryckligen angav, att förmedlaren inte skulle ha rätt att enbart koncentrera sig på att främja sin uppdragsgivares intressen. Den nämnda regeln intogs i FFF § 21.1:

»Förmedlare skall, innan köp avslutas, lämna såväl köpare som säljare alla de uppgifter som vid köpets avslutande kunna inverka på deras avgöranden samt även i övrigt bevaka vardera partens intresse i enlighet med vad god affärssed kräver.»¹¹

Fastän man i detta stadgande principiellt fastslår, att förmedlaren har att beakta också motpartens fördel, kan man knappast ur regeln läsa ut ett krav på en fullständig neutralitet i förhållande

⁸ Så t.ex. *Fehr* 1925, 92, *Sjöman* 1944, 54 f., *Brækhus* 1947, 232 ff. och *Sandvik* 1971, 50. Se även *Vinding Kruse* 1976, 27 f. Jfr dock för dansk rätts del *Frost* 1964, 55 ff., som pekar på, »hvor vanskeligt det vil være generelt at forlange af mellemmanden, at han skal være fuldstændig upartisk». Förmedlaren är dock enligt samma författare alltid skyldig att uppfylla sina lagstadgade förpliktelser och verka i enlighet med gott affärsskick i förhållande till vardera parten.

⁹ Se t.ex. *Brækhus* 1947, 235. Se även *Vinding Kruse* 1976, 40 ff.

¹⁰ *Kom.miet.* 1964: B 36, 31.

¹¹ Motsvarande regel ingår i FFFörs. § 25.1; här har dock »god affärssed» ersatts med »god fastighetsförmedlarsed».

till parterna.¹² Förmedlaren har ju blott att bevaka vardera partens intresse »i enlighet med vad god affärssed kräver». Det kan ju mycket väl tänkas vara förenligt med god affärssed att i någon utsträckning fästa huvudvikten vid bevakningen av uppdragsgivarens intressen och att i förhållande till motparten blott tillse att denne inte blir bedragen eller annars behandlad på ett ohederligt sätt.¹³ Man kan i likhet med *Frost* hävda, att det är helt mänskligt att förmedlaren först och främst betraktar sig som uppdragsgivarens man.¹⁴ En sådan uppfattning om innebörden i god affärssed i förevarande fall syns också vara den förhärskande inom branschen. I FFmf:s moralkodex fastslår man sålunda först, att »uppdragsgivaren är mäklarens huvudman» och att »mäklaren är pliktig att på allt sätt bevaka sin huvudmans intressen och att med råd och anvisningar upplysa honom i alla ärenden, som kan inverka på hans avgöranden» (§ 13). Först härefter konstaterar man i § 14:

»Även om uppdragsgivaren är mäklarens huvudman, måste denne i avtalsskedet bevaka vardera avtalspartens intressen så, att ingendera utsätts för oskäligen eller mot god sed stridande villkor. Mäklaren är pliktig att verka hederligt och lojalt mot alla parter.»¹⁵

Av det ovanstående framgår, att en fastighetsförmedlare har vissa skyldigheter såväl mot sin uppdragsgivare som mot motparten i avtalet, vilka uppenbarligen måste beaktas vid bedömningen av förmedlarens skadeståndsansvar gentemot respektive part. Det

¹² *Erme* 1978, B/53 påpekar kort, att förmedlaren bör förhålla sig neutral.

¹³ *Hiekkaranta* 1969, 213 är något oklar, då han tolkar det i texten nämnda lagrummet. Han framhåller nämligen, att »välittäjän puolueettomuusvelvollisuus ikäänkuin omalla tavallaan rajoittaa välittäjän lojaalisuusvelvollisuuden alaa, jos tarkastellaan lojaalisuusvelvollisuutta suhteessa toimeksiantaja toimeksisaaja.»

¹⁴ *Frost* 1964, 55.

¹⁵ Se även Utl. 11. 4. 1972 § 2: fastän fastighetsförmedlaren har att bevaka såväl säljarens som köparens intressen, så är säljarens intressen de primära.

framgår emellertid också, att man inte utan tvekan kan hävda, att fastighetsförmedlaren i alla avseenden bär likadana skyldigheter gentemot sin uppdragsgivare och dennes motpart. Redan det faktum, att uppdragsgivaren anlitat förmedlaren, medan motparten i regel uppträder på scenen först i ett senare skede, medför, att förmedlaren måste ha vissa skyldigheter gentemot uppdragsgivaren som han inte kan ha gentemot motparten. Också i avtalsskedet, där den faktiska situationen inte betingar några olikheter i detta hänseende, syns det vara möjligt att bedöma förmedlarens handlande i förhållande till motparten i någon mån på annat sätt än hans handlande i relation till uppdragsgivaren. Man kan sålunda inte utan vidare anta, att fastighetsförmedlaren bryter mot sina skyldigheter gentemot motparten, ifall han i någon utsträckning »drar» åt uppdragsgivarens håll. I motpartens ögon framträder fastighetsförmedlaren uppenbarligen också ofta i första hand som en representant för uppdragsgivaren. Av FFF följer dock, att ett sådant partiskt förfarande är tillåtet blott inom de ramar som anges av god sed inom branschen. Man kan därför anta, att fastighetsförmedlarens spelrum i nyssnämnda avseende bör vara relativt begränsat.

Såsom framhållits av vissa nordiska författare förefaller det likväl motiverat att acceptera en något mer utpräglad partiskhet från förmedlarnas sida i sådana fall, där vardera avtalsparten företräds av en egen förmedlare. Dessa i praktiken mer sällsynta fall berörs inte närmare i det följande.

I intet fall får förmedlaren driva sin uppdragsgivares intressen genom att för motparten hemlighålla relevanta omständigheter. I det ovan citerade stadgandet i FFF anges ju uttryckligen, att förmedlaren skall »lämna såväl köpare som säljare alla de uppgifter som vid köpets avslutande kunna inverka på deras avgöranden». Ätminstone i det avseendet bör förmedlaren förhålla sig neutralt i relation till avtalsparterna, att han fullständigt öppet bör redovisa fakta för vardera avtalsparten. Den närmare innebörden i denna dubbelriktade rapporteringsplikt skall senare belysas närmare.

10.3. ANSVARSGRUNDEN

10.3.1. Tillämpningen av SkL

10.3.1.1. Relationen förmedlare/uppdragsgivare

Enligt SkL 1:1 skall lagen inte tillämpas på skadeståndsansvar, som är baserat på avtal. Lagens bestämmelser borde enligt lagens ordalydelse i sin helhet vika undan för de kontraktsrättsliga principerna i detta fall.¹⁶ I den rättsvetenskapliga litteraturen har man likväl inte genomgående strikt hållit fast vid den lagstadgade begränsningen av tillämpningsområdet för SkL. Man framhåller i stället, att man från fall till fall måste pröva, vilka regler i SkL som kan tillämpas inom kontraktsförhållanden.¹⁷

Mot ovanstående bakgrund syns det uppenbart, att man vid bedömningen av de ersättningsfrågor som kan uppstå i förhållandet mellan förmedlare och uppdragsgivare inte generellt kan utgå från reglerna i SkL. Vägledning bör i första hand sökas i de allmänna principer som gäller för skadestånd inom kontraktsförhållanden. Detta utesluter emellertid inte, att enskilda regler i SkL i mån av lämplighet kan åberopas också här.

10.3.1.2. Relationen förmedlare/motpart

I förhållandet mellan förmedlare och motpart vore det däremot tänkbart, att man lät SkL:s regler som sådana vinna tillämpning. Det råder ju inget egentligt kontraktsförhållande mellan dessa båda aktörer. En sådan konklusion förefaller likväl föga lyckad. Som tidigare framgått, är förmedlarens skyldigheter gentemot

¹⁶ Jfr Kivivuori 1975, 270: *väistymisperiaate*. Jfr dock även a.a. s. 272, där denna princip suppleras med en s.k. *rinnakkaisperiaate*: det kontraktsrättsliga systemets slutenhet hindrar enligt författaren inte, att man parallellt kan tillämpa ett skadeståndssystem, som är på motsvarande sätt slutet.

¹⁷ Routamo—Hoppu 1977, 94 f. samt även Saxén 1975, 3.

vardera avtalsparten åtminstone i någon utsträckning likartade. I det skede när avtalet kommer till stånd uppträder förmedlaren i väsentlig mån som en förtroendeman för vardera avtalsparten, även om man inte i alla avseenden kan kräva att han förhåller sig fullständigt neutral. Det vore med hänsyn härtill olämpligt, om de skadeståndsrättsliga påföljderna av förmedlarens normstridiga handlande skulle fastställas olika i förhållande till uppdragsgivaren och motparten blott av den anledningen att den sistnämnda inte anses stå i något kontraktsförhållande till förmedlaren. Det kan sålunda knappast vara riktigt, att uppdragsgivaren t.ex. skulle ha rätt till skadestånd av förmedlaren på grundval av ett presumtionsansvar, medan motpartens rätt till ersättning skulle bli beroende av, huruvida han lyckas föra en godtagbar bevisning rörande förmedlarens culpa.

Det förefaller vara en lämpligare lösning att bedöma uppdragsgivarens och motpartens rätt till skadestånd av förmedlaren från mer likartade utgångspunkter. Kontakten mellan förmedlare och motpart kan väl anses konstituera ett slags kvasikontraktuellt förhållande,¹⁸ inom ramen för vilket man kan tillämpa kontraktsrättsliga ersättningsprinciper av samma slag som i relationen mellan förmedlare och uppdragsgivare.

10.3.2. Kontraktsrättsliga ersättningsprinciper

10.3.2.1. Presumtionsansvar

Chydenius uttalar, att en mäklare blir ersättningsskyldig, »om han ej fullgör sitt uppdrag med den diligentia, som fordras af ombudsman.»¹⁹ En förmedlare anses i princip ansvara enligt en culpa-

¹⁸ Jfr även motiveringen i Utl. 1/1976 § 6: emedan den ena parten i det uppdrag förmedlaren mottagit enligt FFF § 2 p. 1 är köparen, var förmedlaren i det föreliggande fallet skyldig att lämna köparen sitt stöd.

¹⁹ *Chydenius* 1925, 344 f.

regel:²⁰ fullgör han inte sina skyldigheter så som en omsorgsfull förmedlare bör göra, blir han skadeståndsskyldig gentemot uppdragsgivare respektive motpart.

Då förmedlarens ansvar är baserat på kontrakt eller på ett kontraktsliknande förhållande, förefaller många skäl tala för att den nyssnämnda culparegeln borde kompletteras med en regel om omvänd bevisbörda (presumtionsansvar).²¹ Den avtalspart, som kräver skadestånd, skulle enligt detta blott behöva visa, att förmedlaren gjort sig skyldig till avtalsbrott, som lett till skada, medan förmedlaren härefter, om han vill undgå ansvar, borde visa, att detta avtalsbrott inte kan tillräknas honom som vållande.²² Härvid bör han naturligtvis — enligt de principer för principalansvaret som anses gälla i inomkontraktuella förhållanden — också kunna visa, att avtalsbrottet inte heller kan betraktas som en följd av hans underlydandes vållande.²³ Också rena kontorstekniska försummelser, renskrivningsfel o. dyl., kan m.a.o. ådra förmedlaren ansvar. Om förmedlaren anlitat en självständig medhjälpare — t.ex. en annan förmedlare inom ramen för det s.k. Listing-systemet²⁴ — skulle hans exculperingsskyldighet vidare omfatta även medhjälparens handlande, i de fall denne inte kunde sägas stå i ett direkt uppdragsförhållande till vederbörande avtalspart.²⁵

Vid diskussionen om presumtionsansvaret inom kontraktsförhållanden förefaller man naturligt nog främst ha haft i åtanke situationer, där den ansvarige haft att åstadkomma ett bestämt resultat,

²⁰ Så även *Norrmén* 1930, 194. Se även HB 18:3 och 18:4.

²¹ Se *Taxell* 1972, 286 ff. Se särskilt betr. konsults ansvar *Saxén* 1977, 334 och *Erma* 1977, 348.

²² Se *Routamo—Hoppu* 1977, 98.

²³ Se även FFF § 15 (FFFörsI § 19), enligt vilken den som erhållit tillstånd att idka fastighetsförmedling skall ansvara för rörelsens verksamhet. Med detta stadgande ville man bl.a. betona fastighetsförmedlarens ansvar för sina underlydandes verksamhet enligt allmänna rättsprinciper, se *Kom.miet.* 1964: B 36, 31 och *Muistio* 1978, 50.

²⁴ Se ovan s. 24.

²⁵ Se om konsults ansvar för självständig medhjälparens culpa t.ex. *Sandvik* 1977, 12 och *Saxén* 1977, 335.

t.ex. att prestera en viss mängd gods av ett visst slag vid en viss tidpunkt. Här är nämligen tillämpningen av en regel om presumtionsansvar i princip enkel: den skadelidande har att visa, att det avtalade resultatet inte uppnåtts och att han lidit skada av denna anledning, medan den som avkrävs ersättning kan undgå ansvar genom att visa, att det uteblivna resultatet inte kan tillräknas honom som vållande. Vid förpliktelser där resultatet är obestämt och den förpliktade blott har att *eftersträva bästa möjliga resultat*, ter det sig däremot mer oklart vad talet om ett presumtionsansvar skall innebära. Vid en sådan förpliktelse syns det nödvändigt att redan i definitionen av avtalsbrottet inbegripa ett element av culpa: avtalsbrott föreligger när den förpliktade inte med omsorg eftersträvat bästa möjliga resultat.²⁶ Den skadelidande parten, som — ifall man antar att det föreligger ett presumtionsansvar — i princip blott skulle ha att visa, att avtalsbrott skett, måste m.a.o. för att kunna fullgöra denna bevisskyldighet visa, att den förpliktade gjort sig skyldig till culpa. Presumtionsansvaret syns här sammanfalla med ett culpaansvar utan omvänd bevisbörda. Likheten behöver likväl åtminstone i teorin inte vara total. Man kan nämligen i det föreliggande fallet låta presumtionsansvaret komma till uttryck i en *fördelning* av bevisbördan angående culpan. Den skadelidande skulle ha att visa, att den som avkrävs ersättning brutit mot en handlingsnorm, som kan sägas åligga honom på grundval av en bedömning in abstracto — hans (rörelsens) handlande uppfyller inte de krav som man i *allmänhet* kan ställa vid verksamhet av ifrågavarande art — medan en exculpering kunde ske med stöd av speciella omständigheter i det enskilda fallet. Det syns dock uppenbart, att den nyss uppskisserade fördelningen av bevisbördan inte alltid kommer att avvika i betydande mån från det sätt på vilket man i praktiken utför den fria bevisprövningen i fall, där ersättning krävs på grundval av ett normalt culpaansvar.

Vid bedömningen av fastighetsförmedlarens skadeståndsansvar måste man uppenbarligen skilja mellan olika typer av fall. Å ena

²⁶ Se även Rodhe 1956, 20.

sidan kan man tänka sig, att förmedlaren vid en *positiv handling* har begått något klart fel, som förorsakat avtalspart skada; han har t.ex. uppgjort ett avtal om fastighetsköp utan att iaktta formreglerna i JB 1:2 eller värderat en fastighet på ett klart felaktigt sätt. I detta fall syns det särskilt motiverat att tala om att förmedlaren bär ett presumtionsansvar. Om man utgår från, att förmedlarens abstrakta omsorgsplikt innehåller en skyldighet att undvika fel av detta slag, har den skadelidande blott att visa, att felet begåtts och att han lidit skada; en betydande del av spørsmålet om förmedlarens culpa faller sålunda här inom ramen för förmedlarens exculperingsskyldighet. Å andra sidan kan avtalspart tänkas kräva ersättning av förmedlaren på den grund att denne *underlåtit* att vidta en åtgärd som han bort vidta. Förmedlaren har t.ex. enligt uppdragsgivarens uppfattning underlåtit att i tillräcklig utsträckning arbeta på försäljningen av avtalsobjektet. I detta fall är det uppenbart, att en betydande del av culpabedömningen måste föras av den avtalspart som kräver ersättning, då avtalsbrottet här antas bestå i att förmedlaren inte vidtagit de åtgärder en omsorgsfull förmedlare bort vidta.

Man kan m.a.o. konstatera, att fördelningen av bevisbördan angående förmedlarens culpa inte kan vara så klar, som en ytlig hänvisning till det kontraktsrättsliga presumtionsansvaret kan ge vid handen. Man kan visserligen formulera en allmän princip, enligt vilken den skadelidande blott har att visa, att det inom ramen för förmedlingsrörelsens verksamhet begåtts ett fel, som inte borde få ske vid verksamhet av detta slag, medan han exempelvis inte behöver ådagalägga subjektiv skuld hos någon enskild person. Denna princip ger emellertid inte alltid tillräcklig ledning vid bedömningen av konkreta ersättningssituationer. Man måste därför i sista hand från fall till fall särskilt undersöka, vilka element av culpabedömningen som bör innefattas i bevisningen rörande avtalsbrottet (*felet in abstracto*) och därigenom utgöra förutsättningar för skadestånd och vilka element som inte behöver ådagaläggas av den skadelidande utan blott kan åberopas av förmedlaren vid en exculpering *in concreto*. Vidare kan man på ett allmänt plan knappast heller göra

några mer precisa uttalanden om den *bevisstyrka* som krävs för att bevisbördekraven skall anses uppfyllda i olika fall.

I debatten om rådgivares skadeståndsansvar har man stundom även förespråkat ett strikt ansvar vid verksamhet av detta slag.²⁷ Av det som ovan sagts framgår, att också ett sådant strikt ansvar måste innehålla ett element av en culpabedömning. Skillnaden mellan ett strikt ansvar och ett presumtionsansvar ligger åter närmast däri, att en exculpering *in concreto* inte accepteras vid förstnämnda ansvarstyp. Ju mer man begränsar de grunder som kan godtas vid exculperingen, desto mer kommer m.a.o. presumtionsansvaret att närma sig ett strikt ansvar.

10.3.2.2. *Synpunkter på culpabedömningen*

Då förmedlaren kan betecknas som en fackman, måste man vid bedömningen av hans handlande tillämpa en sträng måttstock.²⁸ Bl.a. är det uppenbart, att förmedlaren bör förutsättas inneha alla de kunskaper som en fastighetsförmedlare skäligen kan antas besitta.²⁹ Förmedlaren kan alltså inte undgå ansvar genom att hänvisa till, att han inte känt till någon omständighet, ifall denna omständighet är av den karaktären, att han i egenskap av förmedlare bort känna till den.³⁰ Brister i den individuella förmågan, såsom

²⁷ Som argument härför kan man tänkas hänvisa bl.a. till rättsfallet HD 1953 II 97. Detta rättsfall kan emellertid åberopas också till stöd för ett strängt culpaansvar för fackmän, se *Routamo—Hoppu* 1977, 53.

²⁸ Se även *Jørgensen—Wanscher* 1967, 425.

²⁹ Jfr även FFmf:s moralkodex §§ 2 och 3, där man inskräper, att en god yrkeskunskap utgör en grundförutsättning för all framgångsrik verksamhet samt att förmedlaren på olika sätt fortgående bör utveckla sin yrkeskunskap. Se även FFmf:s moralkodex § 17, där man bl.a. framhäver, att en förmedlare inte bör motta sådana försäljnings- och värderingsuppdrag som han inte behärskar.

³⁰ Se även *Saxén* 1975, 34 och *Routamo—Hoppu* 1977, 53.

oerfarenhet, överansträngning l.dyl. bör i regel inte kunna åberopas som grund för befrielse från ansvar.³¹

En viss ledning för bedömningen av, vad en förmedlare kan förutsättas känna till, kan erhållas bl.a. av de krav som ställs på honom vid den prövning av yrkeskompetensen som utgör en förutsättning för tillstånd att idka eller förestå fastighetsförmedlingsrörelse. I FFF § 13 stadgas, att den blivande fastighetsförmedlaren inte blott skall vara »insatt i de vid fastighetsförmedling förekommande praktiska frågorna» utan han bör även känna till »de stadganden och bestämmelser som gälla fastighetsförmedlaryrket samt de områden av lagstiftningen som komma i fråga vid bedrivandet av fastighetsförmedlingsrörelse».³² En förmedlare som gjort ett misstag av den anledningen att han t.ex. inte innehaft de juridiska kunskaper som här förutsatts kan sålunda inte åberopa denna brist som grund för ansvarsfrihet.³³

Vid bedömningen av förmedlarens handlande är naturligtvis också reglerna i FFF relevanta. Då förmedlaren med hot om straff förpliktats att förhålla sig på ett visst sätt gentemot avtalsparterna, kan man utgå från, att brott mot detta förhållningssätt också kan medföra civilrättsligt skadeståndsansvar gentemot den avtalspart som lidit skada av brottet.³⁴ I FFF reglerar man å andra sidan inte på något uttömmande sätt förmedlarens skyldigheter i civilrättsligt avseende. Också andra argument än FFF kan läggas till grund för

³¹ Så betr. advokatansvaret *Kivimäki* 1924, 79 samt betr. konsultansvaret *Sandvik* 1977, 11.

³² Samma regel ingår i FFFörsl § 17.

³³ Se betr. sakförarens ansvar *Kivimäki* 1924, 83. Se närmare angående förmedlares ansvar för juridisk rådgivning m.m. nedan § 11.3 och § 12.3.

³⁴ Så även *Zitting* 1967, 10. Jfr betr. utomobligatoriskt skadestånd *Saxén* 1975, 21 ff. Författaren framhåller här bl.a.: »förekomsten av en norm som uppställts i lag eller annan författning... innebär vanligen, att skaderisk finns och att man för att undvika skadan bör bete sig såsom normen utvisar». Om normen inte haft till syfte att förebygga skada av den typ som inträffat, skall skadestånd dock inte utdömas. De normer i FFF som refereras i de följande paragraferna syns vara uppställda just i syfte att skydda uppdragsgivaren och motparten mot förluster av olika slag.

konkretiseringen av culpanormen vid fastighetsförmedling; i FFF anges blott ett slags lägsta gräns för förmedlarens skadeståndsrättsligt relevanta skyldigheter.

Av FFF framgår, att en betydelsefull måttstock vid bedömningen av, huruvida förmedlaren bör anses ha brutit mot en skadeståndsgrundande skyldighet, står att finna i god sed på fastighetsförmedlingens område.³⁵ Innehållet i detta begrepp har tidigare i någon mån preciserats.³⁶ Det är likväl i detta sammanhang skäl att ånyo betona, att en hänvisning till gängse praxis framför allt är tjänlig som argument för en skadeståndsskyldighet, då förmedlaren brutit mot de normer som kan innefattas i detta begrepp. Däremot hindrar i princip ingenting, att man stundom ställer strängare krav på förmedlaren än sedvanan inom branschen skulle ge vid handen. Om domstolen finner allmän praxis oacceptabel kan den alltid klassificera den som »icke-god» och uppställa strängare normer för förmedlarens handlande. Någon från rättstillämpande myndigheter fullständigt autonom rättsbildning genom förmedlarpraxis kan inte godtas.³⁷

10.3.2.3. Ersättningsskyldighetens omfattning

Här skall inte frågan om beräkningen av ersättningsskyldigheten i olika situationer beröras närmare. Utgångspunkten är, att full ersättning skall presteras för all skada (i regel allmän förmögenhetsskada), som uppkommit till följd av förmedlarens ansvarsgrundande handlande.

Frågan, huruvida inomkontraktuellt skadestånd kan jämkas, är

³⁵ Jfr betr. konsults ansvar *Sandvik* 1977, 11: »Av helt direkte betydning for fastleggelsen av aktsomhetsnormen er det også at organisasjonene dels har opprettet egne organer som avgir responsa om spørsmål som har betydning for ansvarsvurderingen.» Se även *Erme* 1978, B/53.

³⁶ Se ovan s. 45.

³⁷ Jfr betr. begreppet god försäkringspraxis *Wilhelmsson* 1977, 344 ff. och där angivna källor.

p.g.a. den olyckliga formuleringen av regeln om tillämpningsområdet för SkL (SkL 1:1) oklar. I litteraturen har man trots det nyssnämnda stadgandet i någon utsträckning varit benägen att godta jämkning av ersättningsbelopp också i inomkontraktuella förhållanden.³⁸ Frågan, i vilken utsträckning man kan och bör förfara på detta sätt, förefaller dock inte vara av stor praktisk betydelse i förevarande sammanhang. Man har nämligen utgått från, att jämkning av skadestånd med stöd av SkL 2:1.2 i regel inte bör komma i fråga, om den skadeståndsskyldiges ansvar är täckt av en ansvarsförsäkring.³⁹ Som tidigare nämnts, är förmedlarnas ersättningsansvar ofta (och bör enligt FFFörsI alltid vara) täckt av en försäkring av detta slag.

10.3.3. Förmedlarens ansvar som fullmäktig

En fastighetsförmedlare anses inte ha någon ställningsfullmakt av uppdragsgivaren.⁴⁰ Har han inte utan särskilt befullmäktigande makt att ingå avtal eller motta betalning på uppdragsgivarens vägnar.⁴¹ Denna uppfattning om förmedlarens ställning ligger också bakom den primärt näringsrättsliga⁴² regeln i FFF § 20:

³⁸ Se t.ex. *Godenhielm* 1975 samt *Routamo—Hoppu* 1977, 311 f. Jfr *Saxén* 1975, 3.

³⁹ *Routamo—Hoppu* 1977, 302.

⁴⁰ Så även *Brækhus* 1947, 173 f.

⁴¹ Så även *Chydenius* 1925, 345, som också påpekar, att mäklare inte anses »befullmäktigad att för kontrahenterna mottaga eller afgifva förklaringar angående rättsärenden, som han förmedlat». Denna ståndpunkt upprepas av *Fehr* 1925, 106. Se även betr. mäklares fullmakt i norsk rätt *Brækhus* 1947 kap. VII.

⁴² Regeln kan knappast ha den civilrättsliga följden, att t.ex. tolerans- eller situationsfullmakter vore otänkbara på föreliggande område. I motsvarande regel i FFFörsI § 24 har man infört ett krav på skriftlig fullmakt. Det syns uppenbart, att detta inte skulle kunna innebära, att t.ex. ett avtal som ingåtts med stöd av en fullmakt, som grundas på meddelande från uppdragsgivaren till motparten, inte skulle binda uppdragsgivaren.

»Förmedlare är endast med särskild fullmakt av uppdragsgivaren berättigad att med bindande verkan avsluta köp och uppbära köpeskilling eller annat som tillkommer uppdragsgivaren.»

Enligt uppgift från FFmf brukar man i allmänhet inte ge förmedlaren fullmakt att avsluta avtal. Däremot befullmäktigas han vanligen att motta handpeng för det objekt som utbjuds till försäljning. I de uppdragsformulär för försäljningsuppdrag som utarbetats inom förbundet anger man också uttryckligen: »Mäklaren eller dennes representant har rätt att mottaga handpenningen.» Liknande klausuler ingår också exempelvis i två av de bankanknutna förmedlingsbolagens formulär. De två andra bankanknutna förmedlingsbolagen begagnar däremot mer vidsträckta fullmaktsklausuler. Vardera bolaget förbehåller sig nämligen makt inte blott att motta handpeng utan även att sluta bindande avtal på de villkor som nämns i uppdraget.

De tidigare uppskisserade principerna för förmedlarens ansvar gentemot avtalsparterna gäller inte fullt ut i relationen mellan förmedlare och motpart i situationer där förmedlaren uppträder i egenskap av uppdragsgivarens fullmäktig. I dessa fall kan nämligen också regeln om fullmäktigs ansvar i AvtL § 25 bli tillämplig.⁴³ Enligt denna regel bär fullmäktigen ett slags garantiansvar för avtalets bindande verkan.⁴⁴ Ifall förmedlaren uppträder som fullmäktig bär han m.a.o. ett strikt ansvar⁴⁵ för att den rättshandling han företar blir bindande för uppdragsgivaren. Kan han inte visa, att rättshandlingen blivit gällande gentemot uppdragsgivaren, blir han ersättningsskyldig gentemot motparten för den skada denne lidit p.g.a. att bindande avtal inte kommit till stånd. Ersättningsskyldigheten är härvid inte begränsad till det negativa avtalsintresset

⁴³ Fehr 1925, 97 f. Se även Brækhus 1947, 281 ff. och Tiberger 1977, 101 f., vilka anser mäklare i vissa fall kunna bära fullmäktigansvar även då han saknar fullmakt.

⁴⁴ Se t.ex. LP 2/1925, 51 f.

⁴⁵ Se LP 2/1925, 53: fullmäktigen är ansvarig »även i det fall, att någon vårdslöshet icke kan läggas honom till last».

utan den omfattar alla de förluster den uteblivna avtalsbundenheten åsamkat motparten (det positiva avtalsintresset).⁴⁶

Enligt AvtL § 25.2 har motparten likväl inte rätt till någon ersättning ifall han insåg eller bort inse att fullmakt inte förefanns eller att den överskreds. Rätt till ersättning kommer vidare enligt samma lagrum inte heller i fråga, om förmedlaren »handlade på grund av fullmakt, vilken var ogiltig i följd av någon särskild omständighet, varom han icke ägde kunskap och varom tredje man ej heller kunde med fog förutsätta, att han skulle hava kännedom.»

Förmedlarens fullmäktigansvar förefaller i praktiken bli aktuellt främst i följande tre situationer:

(i) Förmedlaren har slutit avtal trots att han inte haft fullmakt att ingå sådant; uppdragsgivaren har sedermera inte ratifierat avtalet. I detta fall kunde man naturligtvis tänka sig, att förmedlaren skulle undgå ansvar med hänvisning till, att motparten med hänsyn till praxis i branschen och till den ovannämnda regeln i FFF borde ha insett, att förmedlaren saknade fullmakt. Detta förefaller dock i skenet av de exempel på tillämpningen av regeln om ond tro som ges i förarbetena till AvtL⁴⁷ inte vara ett godtagbart argument. För att förmedlaren skall undgå ansvar med stöd av AvtL § 25.2 bör han kunna visa på konkreta omständigheter in casu som klart ger vid handen att motparten borde ha insett att fullmakt saknades.

(ii) Förmedlarens fullmakt att ingå avtal har bortfallit men förmedlaren ingår trots detta avtalet. Om förmedlaren inte vid avtalsslutet varit medveten om fullmaktens upphörande kan han ofta undgå ansvar med stöd av undantagsregeln i AvtL § 25.2 in fine. Åtminstone om fullmaktens bortfall förorsakats av att uppdragsgivaren nyligen utan förmedlarens vetskap försatts i konkurs eller förklarats omyndig, skall förmedlaren inte bära något ersätt-

⁴⁶ Se Wrede 1949, 82 f. och Kivimäki—Ylöstalo 1973, 363.

⁴⁷ LP 2/1925, 53.

ningsansvar gentemot motparten, trots att avtalet inte blir bindande.⁴⁸

(iii) Förmedlarens fullmakt att motta handpeng har bortfallit. I detta fall bär förmedlaren naturligtvis inte något ansvar för att slutligt avtal uppkommer; han bör däremot bära ett strikt ansvar för återbetalningen av handpengen.

10.3.4. Avtal om ersättningsskyldighet

Förmedlaren kan med hjälp av friskrivningsklausuler i uppdragsavtalet söka undgå det skadeståndsansvar han bär enligt de allmänna principer som ovan beskrivits. En sådan friskrivningsklausul binder naturligtvis inte motparten i det avtal som förmedlas; även om man väljer att tillämpa kontraktsrättsliga ansvarsprinciper i förhållandet mellan förmedlare och motpart följer härav inte, att man mot motparten kunde åberopa klausuler, som ingår i avtalet mellan förmedlaren och uppdragsgivaren. Om förmedlaren vill påverka ansvarsreglerna i förhållande till motparten, måste han göra sina förbehåll direkt gentemot denne.

Förmedlaren kan likväl inte heller gentemot uppdragsgivaren utan begränsningar åberopa friskrivningar i uppdragsavtalet. Frågan, i vilken utsträckning sådana friskrivningsklausuler blir bindande för uppdragsgivaren är dock inte fullständigt klar. Detta spörsmål är likväl inte praktiskt särskilt betydelsefullt, då man i avtalspraxis inom branschen som tidigare nämnts inte plägar utnyttja de möjligheter standardavtalstekniken erbjuder i detta hänseende. Några korta kommentarer angående den nämnda problematiken har därför bedömts vara tillräckliga i detta sammanhang.

Redan av allmänna kontraktsrättsliga principer anses följa, att friskrivningsklausuler i regel inte kan åberopas, då skada vållats

⁴⁸ Se *LP 2/1925*, 53, *Wrede* 1949, 85 f. och *Kivimäki—Ylöstalo* 1973, 364.

genom uppsåt eller grov vårdslöshet.⁴⁹ Har en förmedlare gjort sig skyldig till sådant kvalificerat vållande ansvarar han oberoende av bestämmelserna i kontraktet. Det förefaller likväl möjligt att gå ännu längre och in casu fränkänna friskrivningsklausuler verkan också i fall, där förmedlarens förfarande varit mindre grovt. En friskrivningsklausul, genom vilken förmedlaren ju försätter uppdragsgivaren i ett mer oförmånligt läge än han befinner sig i enligt dispositiv rätt, syns vara en så sällsynt och överraskande företeelse inom fastighetsförmedlingsbranschen, att en jämkning av en sådan klausul med stöd av KSL 4:1 ofta bör anses lämplig. Särskilt i fall, där förmedlaren sökt friskriva sig från ansvar för brott gentemot bestämmelserna i FFF, ligger det nära till hands att bortse från friskrivningsklausulen oberoende av graden av förmedlarens vållande. Huvudsyftet med FFF är att skydda avtalsparterna gentemot missbruk från förmedlarens sida; det vore knappast förenligt härmed att låta förmedlaren på ett giltigt sätt friskriva sig från ersättningsansvar för culpösa brott mot skyldigheter, som man i FFF velat upprätthålla med såväl straff- som näringsrättsliga sanktioner.

10.4. SAMMANFATTNING OCH DISPOSITION

Av framställningen ovan framgår, att de allmänna principerna för förmedlarens ansvar mot uppdragsgivaren och mot motparten är delvis likartade. Framför allt hävdas här, att ansvarsgrunden i vartdera fallet bör vara densamma: ett culpaansvar med omvänd bevisbörda. Vid själva culpabedömningen kan man dock tänka sig skillnader mellan de båda nyssnämnda ansvarsrelationerna. Neutralitetsprincipen hindrar ju inte, att man ålägger förmedlaren i någon mån strängare skyldigheter gentemot sin uppdragsgivare än gentemot motparten. Ifall förmedlaren agerar som fullmäktig kan speciella ansvarsregler aktualiseras i förhållande till motparten; genom ansvarsklausuler i uppdragsavtalet kan man åter i någon

⁴⁹ Se t.ex. *Taxell* 1972, 457 f. Jfr också *Petersen* 1957 § 8.

utsträckning åstadkomma avvikande ansvarsregler i förhållande till uppdragsgivaren.

P.g.a. att förmedlaren i olika skeden av avtalsprocessen kommer i kontakt med uppdragsgivaren respektive motparten måste hans skyldigheter gentemot respektive part i praktiken delvis bli olika. Det är vidare också givet, att förmedlarens skyldigheter mot den avtalspart, som uppträder som säljare, i vissa avseenden måste vara andra än hans skyldigheter mot köparen. Vid en framställning av förmedlarens ersättningsansvar borde man sålunda skilja mellan fyra olika relationer:

- (i) ansvaret mot uppdragsgivare/säljare
- (ii) ansvaret mot uppdragsgivare/köpare
- (iii) ansvaret mot motpart/säljare
- (iv) ansvaret mot motpart/köpare.

Det förefaller emellertid uppenbart, att en framställning av stoffet längs dessa linjer måste föra till ett flertal upprepningar. Då ansvarsrelationerna (ii) och (iii) p.g.a. inköpsuppdragets relativa sällsynthet är av avsevärt mindre praktisk betydelse än de två övriga ansvarsrelationerna, har de av denna anledning här förbigåtts. I fortsättningen behandlas sålunda huvudsakligen blott ansvaret vid försäljningsuppdrag ((i) och (iv)). De synpunkter som här framförs, syns likväl ofta mutatis mutandis kunna tillämpas på motsvarande problem vid inköpsuppdrag. Avsnittet om förmedlarens tystnadsplikt (§ 13) är av mer allmängiltig karaktär.

§ 11. FÖRMEDLARENS ANSVAR GENTEMOT SÄLJAREN/UPPDRAGSGIVAREN

11.1. FÖRMEDLARENS SKYLDIGHET ATT HANDLA

11.1.1. Föreligger en skyldighet att handla?

Ett förmedlaruppdrag anses inte innehålla någon garanti för att det avtal uppdraget omfattar kommer till stånd. Förmedlaren kan m.a.o. inte bli skadeståndsskyldig blott på den grund att hans arbete på uppdraget inte lett till något resultat.¹ Härom kan knappast råda någon tvekan. Däremot kräver frågan, huruvida förmedlaren kan ställas till ansvar på den grund att han inte tillräckligt aktivt — eller måhända t.o.m. inte alls — befattat sig med uppdraget, en något mer ingående diskussion. Denna problematik har också väckt ett betydande intresse i den mäklarrättsliga litteraturen.

I nordisk litteratur anger de flesta författare som huvudregel, att förmedlaren inte är underkastad någon skadeståndsgrundande skyldighet att aktivt arbeta på uppdraget.² Förmedlaren skall inte bli skadeståndsskyldig ens om han underlåter att överhuvudtaget nedlägga något arbete på det uppdrag han mottagit. Möjligheten att erhålla provision skall utgöra det enda incitament som skall

¹ Så även *Brækhus* 1947, 216 f.

² Så *Brækhus* 1947, 218, *Fehr* 1925, 90 f. och *Frost* 1964, 64. Se även betr. mellanmansuppdrag i allmänhet *Sandvik* 1971, 52: »Det rettslige utgangspunkt er... at mellommannen ikke har noen plikt til å ta forholdsregler for å oppnå kontakt med potensielle kjøpere, påvirke disse til å bestille eller på annen måte å arbeide for avsetning.»

förmå förmedlaren att aktivt ta sig an uppdraget. Flera författare är likväl villiga att beskära denna huvudregel med praktiskt sett vittgående undantag. Sålunda framhåller *Brækhus*, att en förmedlare som erhållit ett uppdrag med ensamrätt måste anses vara skyldig att utföra arbete på uppdraget; uppdragsgivarens ställning skulle annars bli alltför oförmånlig.³ *Frost* beskriver åter undantagen från huvudregeln med hjälp av en mer vidsträckt och vag formulering:

»Men der må formentlig kunne forekomme undtagelser fra hovedreglen. *Omstændighederne kan gøre det klart* for mellemmanden, at han har *pligt til at træde i virksomhed*. Sælgeren kan udtrykkelig have tilkendegivet, at det haster med salget, eller dette kan fremgå af forholdene, f.eks. at det haster med at få en landejendom solgt, idet alle sådanne ejendomme i øjeblikket er genstand for stærkt prisfald. I tilfælde af at hvervet er givet i *enekommission* vil der sikkert forholdsvis nemt kunne blive spørgsmål om virksomhedspligt. Her beror det alene på mellemmanden, om det skal blive til noget med det salg, som hvervgiveren har tilkendegivet, at han ønsker skal ske».⁴

I Finland företräder *Hiekkaranta* en ståndpunkt, som avviker från huvudlinjen i den nordiska doktrinen. Han framhåller, att såväl bestämmelserna i HB kap. 18 som flera av bestämmelserna i FFF — framför allt FFF § 21, som förpliktar förmedlaren att bevaka vardera partens intressen i enlighet med vad god affärssed kräver, samt även FFF §§ 22 och 23 — syns bygga på principen, att uppdragsavtalet ger upphov till en skyldighet för förmedlaren att visa aktivitet. Därtill påpekar han, att mottagandet av ett förmedlingsuppdrag är fullt frivilligt, varför förmedlaren bör vägra att ta emot uppdraget, om han inte finner det möjligt att utföra det. Motta-

³ *Brækhus* 1947, 218 f. *Sandvik* 1971, 55 utvidgar denna regel till att gälla inom hela mellanmansrätten. Även *Erme* 1978, B/46 betonar, att förmedlaren särskilt har handlingsskyldighet i fall, där han erhållit uppdraget med ensamrätt.

⁴ *Frost* 1964, 65.

gandet av uppdraget skulle anses innebära en viljeyttring av förmedlaren, vari denne lovar att försöka utföra uppdraget.⁵

Hiekkarantas kritik av den rådande nordiska doktrinen förefaller befogad åtminstone för fastighetsförmedlingens del. Bestämmelserna i FFF syns inte förenliga med en ordning, där förmedlaren fritt kunde underlåta att utföra uppdrag han mottagit. De sociala skäl, som står bakom strävandena att skydda uppdragsgivaren vid fastighetsförmedling, talar också för att man borde ålägga fastighetsförmedlaren en viss handlingsplikt. Uppdragsgivaren lämnar ju ofta sin bostad, som utgör hans enda kapital av betydelse, till försäljning efter det han själv avtalat om eller blivit intresserad av inköp av en annan bostad. I ett sådant fall kan en passiv förmedlare åsamka uppdragsgivaren mycken olägenhet.

De ovan omtalade meningsbrytningarna rörande spørsmålet, huruvida man borde utgå från en principiell handlingsplikt för förmedlaren eller inte, förefaller inte ha särskilt stor relevans i praktiken på fastighetsförmedlingens område. I den nordiska doktrinen råder det ju uppenbarligen en relativt långtgående enighet om, att förmedlaren är underkastad en viss handlingsplikt åtminstone i det fall att förmedlingsuppdraget är givet med ensamrätt; som tidigare framgått, utgör det regel i avtalspraxis på fastighetsförmedlingens område, att förmedlarna förbehåller sig en sådan rätt. I dessa i praktiken helt dominerande fall står det m.a.o. utom tvekan, att passivitet på förmedlarens sida kan leda till skadeståndsansvar.

11.1.2. Handlingspliktens innehåll

Av ovanstående framgår, att förmedlaren bör kunna åläggas skadeståndsansvar, ifall han helt underlåtit att arbeta på det upp-

⁵ *Hiekkaranta* 1969, 193 f. Se även *Erme* 1978, B/55, där författaren utan att ange några begränsningar framhåller, att uppdragsgivaren har rätt till ersättning, om förmedlaren i onödan fördröjt förmedlingen av avtalsobjektet.

drag han mottagit. Ersättningsansvar bör emellertid inte blott komma i fråga i fall, då förmedlaren gjort sig skyldig till mer eller mindre absolut passivitet. Också då förmedlaren har utfört visst arbete på uppdraget, men hans aktivitet inte kan betraktas som tillräcklig, bör skadeståndsansvar kunna ådömas honom.⁶ Förmedlaren bör t.ex. i regel inte kunna undgå ansvar med hänvisning till att han utan resultat genomgått sitt kartotek över hugade köpare ifall han överhuvudtaget inte genom annonsering sökt anskaffa spekulanter på avtalsobjektet. Bedömningen av, vilken aktivitet från förmedlarens sida som kan betraktas som tillräcklig i varje skede av avtalsprocessen, kan likväl knappast ske efter fasta kriterier. Man måste uppenbarligen värdera situationen in casu med beaktande av uppdragets art, uppdragsgivarens ställning, förekomsten av ensamrätt o. dyl. omständigheter.

Också bland sådana författare, som inte velat ålägga förmedlaren någon handlingsplikt, finns det företrädare för åsikten, att förmedlaren i varje händelse inte aktivt får motarbeta att avtal kommer till stånd.⁷ Denna regel förefaller än mer självklar, om man, såsom här gjorts, utgår från, att förmedlaren har en skyldighet att aktivt befrämja sin uppdragsgivares intressen. Sålunda bör exempelvis en förmedlare, som mottar ett godtagbart anbud på en fastighet och hemlighåller detta för uppdragsgivaren, bli ersättningsskyldig för den skada uppdragsgivaren lider, ifall han sedermera måste sälja fastigheten för ett lägre pris.⁸

En uppdragsgivare, som söker ersättning av förmedlaren p.g.a.

⁶ Jfr även Utl. 11. 4. 1972 § 2: om förmedlaren utan att motta handpeng hade avslutat försäljningsverksamheten i väntan på en spekulants lånearrangemang, hade detta inte varit rätt mot säljarna, varför förfarandet skulle ha förtjänat en anmärkning.

⁷ *Fehr* 1925, 98. — Denna regel innebär naturligtvis inte, framhåller *Fehr*, att förmedlaren vore förhindrad att motta uppdrag, som kan stå i vägen för varandra. En fastighetsförmedlare kan givetvis åta sig flera uppdrag att försälja fastigheter och aktielägenheter, vilka kan konkurrera om samma köparkrets.

⁸ Se även *Fehr* 1925, 98 och *Hiekkaranta* 1969, 202.

dennes brott mot handlingsplikten, har att visa, att man från förmedlarens sida överhuvudtaget inte vidtagit några åtgärder, att man vidtagit åtgärder, som med hänsyn till omständigheterna inte kan betraktas som tillräckliga eller att man kan sägas ha motarbetat avtals tillkomst. Om förmedlaren härefter önskar exculpera sig måste han visa, att försummelserna inte kan tillräknas honom eller hans personal som vållande. Förmedlaren kan m.a.o. bli ersättnings-skyldig såväl då hans passivitet utgör en följd av hans eget uppsåt eller vårdslöshet — han har t.ex. glömt bort uppdraget — som när underlåtenheten har skett p.g.a. misstag från kontorspersonalen eller andra underlydande.

11.1.3. Ersättnings omfattning

Omfattningen av förmedlarens ersättningsskyldighet vid passivitet måste variera beroende på i vilket skede av avtalsprocessen passiviteten framträtt. Ifall förmedlaren inte vidtagit några åtgärder för anskaffande av en köpare eller om han vidtagit otillräckliga åtgärder i detta hänseende, bör uppdragsgivaren främst kunna kräva ersättning för de kostnader i form av dyra tillfälliga lånearrangemang,⁹ avtalsviten i egna köpavtal o.dyl. som han fått vidkännas p.g.a. att försäljningen av avtalsobjektet framskjutits. Detta förutsätter givetvis i princip, att uppdragsgivaren kan visa, att fastigheten genom ett tillräckligt aktivt försäljningsarbete hade

⁹ I skadeståndsrätten har man visserligen utgått från principen, att den skadelidandes eventuella finansieringssvårigheter inte skall tillmätas relevans vid skadeståndsberäkningen. *Sarén* 1975, 282 framhåller dock betr. utomobligatoriskt skadestånd, att man uppenbarligen i vissa fall borde ta hänsyn till sådana svårigheter. — Vid fastighetsförmedling, där avtalsobjektet ofta utgör uppdragsgivarens enda betydande ekonomiska tillgång, förefaller det ligga mycket nära till hands att låta ersättningsskyldigheten omfatta också sådana skador som uppstått till följd av uppdragsgivarens brist på annat eget kapital. Finansieringssvårigheterna är här helt förutsebara (adekvata) följder av förmedlarens underlåtenhet.

kunnat säljas tidigare än vad som skett. Svårigheterna att bevisa omständigheter av detta slag talar dock för, att man här borde godta en relativt obetydlig sannolikhetsbevisning.

Om uppdragsgivaren kan göra sannolikt, att han hade erhållit ett högre pris för fastigheten, om förmedlaren hade arbetat på uppdraget så som god fastighetsförmedlarsed förutsätter — priserna på fastigheter i det aktuella området har t.ex. sjunkit under den tid förmedlaren försummat sitt arbete — bör han också kunna kräva ersättning för differensen mellan detta högre pris och det pris han de facto erhållit.

Förmedlaren har emellertid inte blott till uppgift att anskaffa en avtalspart och förhandla fram ett avtal. I praxis brukar han också bistå avtalsparterna, då avtalet uppgörs.¹⁰ Uppfyller förmedlaren inte de skyldigheter, som kan sägas åligga honom i detta avseende, måste ersättningsfrågan bedömas på ett något annat sätt än då förmedlaren försummat sina uppgifter redan under tidigare skeden av uppdraget. En uppdragsgivare, som erhållit anvisning på en medkontrahent, bör som huvudregel inte med hänvisning till förmedlarens senare försummelser kunna underlåta att ingå avtal i syfte att härefter kräva förmedlaren på ersättning enligt de principer som ovan uppskisserats. Redan principen om den skadelidandes skyldighet att minimera sin skada medför nämligen, att en uppdragsgivare, som önskar rikta ett skadeståndskrav mot förmedlaren för dennes underlåtenhet att medverka i avtalsskedet, själv bör slutföra avtalsprocessen, vid behov med tillhjälp av annan expertis. Uppdragsgivarens skada skulle härigenom begränsas till de kostnader han haft för anlitande av ifrågavarande expert.¹¹ I alla situationer syns man dock inte kunna hålla strängt fast vid den nyss angivna regeln. En uppdragsgivare, som med hänsyn till sin utbild-

¹⁰ Se ovan s. 8 f.

¹¹ I den mån dessa kostnader inte överskrider beloppet av den partiella eller totala nedsättning av förmedlarens provision som kan komma i fråga i det föreliggande fallet, se ovan s. 163, syns inget ytterligare skadestånd vara av nöden.

ning, kunskapsnivå och resurser i övrigt inte kan förutsättas bidra aktivt till avtalsprocessens fortgång, bör skäligen inte drabbas av menliga påföljder för sin försumlighet i nämnda avseende.

11.2. FÖRMEDLARENS ANSVAR FÖR VÄRDERINGEN AV AVTALSOBJEKTET

11.2.1. Inledning

I FFF § 21.1¹² stadgas, att förmedlaren innan köp avslutas skall lämna säljaren alla de uppgifter som vid köpets avslutande kan inverka på hans avgörande. Denna regel ger uttryck för förmedlarens *rapporteringsplikt* gentemot uppdragsgivaren.¹³ Regeln ger vid handen, att förmedlaren för sin uppdragsgivare bör uppge alla de omständigheter, som han varseblivit t.ex. vid undersökningen av avtalsobjektet och som kan avhålla uppdragsgivaren från att ingå avtalet eller kan förändra hans inställning till villkoren i avtalet. Brott mot denna förpliktelse kan leda till ersättningsskyldighet, om uppdragsgivaren kan påvisa, att han lidit någon skada p.g.a. underlåtenheten.

Rapporteringsplikten rörande omständigheter i anslutning till avtalsobjektet behöver inte nödvändigtvis avse blott fakta, som är relevanta för värderingen av ifrågavarande avtalsobjekt. Utan tvivel måste rapporteringsplikten i föreliggande hänseende likväl framför allt omfatta omständigheter av sistnämnda art. I detta avsnitt skall därför blott förmedlarens ansvar för värderingen av avtalsobjektet underkastas en närmare granskning.

Den värdering av avtalsobjektet, som fastighetsförmedlaren i regel utför, brukar läggas till grund för fixeringen av köpeskillingen i uppdragsavtalet. Ju lägre köpeskillning man fastställer i detta skede, desto lättare måste det vara för förmedlaren att få

¹² FFFörsI § 25.1.

¹³ Hiekkaranta 1969, 202 f.

avtalsobjektet avyttrat. Uppdragsgivaren har å andra sidan ett intresse att få högsta möjliga pris för sin fastighet eller aktielägenhet. En viss intressekonflikt syns m.a.o. ofrånkomlig, också fastän förmedlarens provision beräknas i procent av köpeskillingen. Att sälja en lägenhet för 150 000 mk är uppenbarligen avsevärt mycket lättare och mindre kostnadskrävande än att sälja den för 200 000 mk. Om provision utgår med 4 % skulle förmedlaren i det första fallet erhålla 6 000 mk och i det senare 8 000 mk. Differensen mellan dessa belopp motsvarar knappast skillnaden i arbetsmängd.

11.2.2. Förutsättningarna för ansvar

Värderingen av avtalsobjektet är ingen fullständigt entydig och objektiv kalkyl. Många faktorer, såsom areal, rumsantal, skick, omgivning, läge, områdets planering m.m. måste beaktas redan vid värderingen av en vanlig bostadslägenhet. Än svårare blir uppgiften då det gäller att värdera industrifastigheter.¹⁴ Alla värderingar måste ofrånkomligt innehålla ett visst mått av skönsmässighet — låt vara att marginalen härför har minskat tack vare den databehandlade prisstatistik som åtminstone Listing-byråerna och de bankanknutna förmedlingsbolagen numera utnyttjar.

¹⁴ Livson 1968, 7 uppräknar följande omständigheter, som bör beaktas vid värderingen av industrifastigheter:

1. Ort
2. Fastighetsbolagets läge på orten
3. När fastigheten bebyggts och av vilket material
4. Är tomten bolagets egendom
5. Bolagets ekonomiska situation
6. Aktielägenhetens placering i huset
7. Golvets bärkraft per m²
8. De bärande pelarnas läge
9. Uppvärmningssätt
10. Tillgång till elektricitet och dess pris
11. Tillgång till gas
12. Kan bolaget tillhandahålla tryckluft och varmvatten

Elementet av skönsmässighet medför, att flera avvikande värderingar av samma avtalsobjekt kan ligga inom ramen för det godtagbara. Av denna anledning framhåller också *Frost*, att ersättningsansvar vid värdering av fastighet kommer i fråga blott då förmedlarens bedömning är »meget fejlagtig, åbenbart urimelig eller något i den retning».¹⁵ Denna rekommendation förefaller dock innehålla en alltför långtgående urholkning av förmedlarens ersättningsansvar. Värderingens skönsmässiga karaktär utgör inte någon tillräcklig motivering för att fränkänna uppdragsgivaren all rätt till ersättning, ifall värderingsfelet inte uppnått gränsen för det orimliga. Argumentet, att värderingen innehåller subjektiva element, medför blott, att det inte kan betraktas som en tillräcklig bevisning angående felaktigheten hos en värdering, att en annan förmedlare nått ett något avvikande resultat. Om däremot värderingen kan visas falla utanför gränserna för en fackmannamässig bedömning, bör ersättningsskyldighet uppkomma utan hänsyn till om värderingen kan betecknas som orimlig eller inte. Den omständigheten, att uppdragsgivaren har bevisbördan i nyssnämnda avseende, utgör ett tillräckligt hinder mot att förmedlaren åläggs ersättningsansvar för godtagbara värderingar.

Det kan förefalla som en lek med ord att rekommendera »avvikelse från en fackmannamässig värdering» som förutsättning för ansvar i stället för en »meget fejlagtig» värdering; den närmare innebörden i dessa uttryck blir ju i varje händelse avhängig av förhållandena in concreto. Betoningen av det förstnämnda uttrycket måste emellertid ses mot bakgrunden av de stränga krav man i allmänhet brukar ställa på fackmäns handlande. Gränserna för,

13. Våningshöjd

14. Tillgången till arbetskraft

15. Våningsantal; mängden person- och varuhissar

16. Parkeringsutrymmen

17. Källar/lagerutrymmen

18. Bolagets sociala förmåner

19. Lastningsbryggor och inkörsmöjlighet

¹⁵ *Frost* 1964, 63.

vilka värderingar som kan godtas, kan dras relativt snävt, då man utgår från den bedömning en sakkunnig och initierad fastighetsförmedlare hade gjort.

Att en fastighetsförmedlare bör vara sakkunnig i värderingsfrågor har betonats såväl av myndigheterna som av FFmf. Vid den prövning av yrkeskompetensen, som äger rum i anslutning till förfarandet för beviljande av tillstånd att idka fastighetsförmedling, kontrolleras bl.a. sökandenas kunskap i värderingslära. Då man i FFFörsförl föreslagit, att den för jurister stadgade befrielsen från att delta i provet skulle slopas, har detta uttryckligen motiverats med hänvisning bl.a. till att juristutbildningen inte omfattar läran om fastighetsvärdering.¹⁶ I FFmf:s moralkodex för fastighetsförmedlare framhåller man också, att förmedlaren i syfte att utveckla sin yrkeskunskap bl.a. bör »noga följa med alla händelser, som ansluter sig till köpobjekten inom hans bransch såväl på hemorten som i hela landet» samt »ta reda på prisnivån och dess grunder» (§ 3). Därtill påpekar man uttryckligen, att förmedlaren inte bör »mottaga sådana försäljnings- och värderingsuppdrag, som inte hör till hans verksamhetsområde eller som han inte behärskar» (§ 17). Här uttrycker man den redan tidigare nämnda principen, att en person, som kan förutsättas vara fackman, inte bör kunna exculpera sig med hänvisning till bristande sakkunskap in casu. Om förmedlaren tar emot ett uppdrag, bör det handhas fackmannamässigt.

Trots att bedömningen av en värderings fackmannamässighet, där bevisbördan för att värderingen inte skall anses godtagbar ju åligger uppdragsgivaren, är i princip fristående från bedömningen av förmedlarens konkreta förfarande vid värderingens utförande (förmedlarens exculpering), är det uppenbart, att dessa två aspekter av culpabedömningen i praktiken måste påverka varandra. Föreligger det omständigheter, som talar för att förmedlaren förfarit vårdslöst, syns mindre avvikelser från en fackmans värdering kunna betraktas som ansvarsgrundande än då ersättningstalan blott

¹⁶ Muistio 1978, 32.

grundas på värderingens felaktighet som sådan och på förmedlarens oförmåga att exculpera sig. Om det t.ex. framgår, att värderingen avgivits, utan att förmedlaren på platsen bekantat sig med avtalsobjektet — vilket enligt uppgift från FFmf stundom förekommer bland mindre nogräknade förmedlare — kan man i regel dra mycket snäva gränser för det godtagbara. I FFmf:s moralkodex framhävs uttryckligen, att förmedlaren alltid bör »omsorgsfullt göra sig förtrogen med det objekt, som skall värderas och med alla de omständigheter, vilka påverkar dess pris» (§ 17).

Vid värderingen bör förmedlaren inte blint lita på de uppgifter uppdragsgivaren givit honom.¹⁷ Ifall det finns anledning att misstänka, att uppdragsgivaren misstagit sig beträffande någon omständighet, bör förmedlaren undersöka saken. Han bör i ett sådant fall inte kunna exculpera sig enbart med hänvisning till att värderingsfelet utgör en följd av ett misstag från uppdragsgivarens sida, då han som fackman ofta måste anses ha bättre möjligheter att bedöma riktigheten hos olika uppgifter än den osakkunniga uppdragsgivaren.¹⁸

Om förmedlaren observerar att avtalsobjektet efter att upp-

¹⁷ *Saxén* 1977, 337 uttalar motsvarande regel betr. konsultens ansvar.

¹⁸ Jfr dock Utl. 5/1976 § 4: Delägarna i ett dödsbo hade givit en fastighetsförmedlare i uppdrag att förmedla försäljningen av ett 2600 m² stort outbrutet område för 21 000 mk. Området såldes; i köpebrevet angav man dess gränser så, att sydgränsen utgjordes av stomlägenhetens gräns, västgränsen likaledes av stomlägenhetens gräns längs en sträcka på 45 m, från vars ändpunkt den norra gränsen löpte parallellt med den södra fram till stranden av ett träsk, som bildade den östra gränsen. Vid styckningsförrättningen fastställdes lägenhetens areal till 4 260 m². Säljarna krävde förmedlaren på ersättning för den förlust man ansåg sig ha lidit genom att det sålda området uppskattats vara mindre än det var. För att man skulle ha uppnått den areal man önskade hade västgränsen bort vara blott 27 m. Förmedlaren krävde att skadan skulle ersättas ur hans ansvarsförsäkring. Försäkringsgivaren vägrade, då förmedlaren hade uppfyllt de förpliktelser han hade enligt uppdragsavtalet och då bestämningen av arealen hade skett uteslutande på säljarens ansvar. Utskottet anslöt sig till försäkringsgivarens ståndpunkt.

draget gavs väsentligt ökat i värde, får han inte utan uppdragsgivarens medgivande hålla fast vid den värdering, som angivits i uppdraget.¹⁹

11.2.3. Ersättnings omfattning

Beräkningen av ersättningen för felaktig värdering bjuder inte på några principiella problem. Ifall förmedlaren åsatt avtalsobjektet ett för lågt värde och avtalsobjektet sålts till detta pris, kan man utgå från, att den ersättningsgilla skada säljaren lidit utgörs av differensen mellan en riktig värdering — förmodligen den lägsta godtagbara — och köpeskillingen. Om förmedlaren kan göra sannolikt, att försäljning till ett »korrekt» pris hade förlängt avtalsprocessen, måste man uppenbarligen från ersättningen göra ett avdrag för den fördel uppdragsgivaren haft p.g.a. förkortningen av försäljningstiden. Ifall uppdragsgivaren av någon anledning varit tvungen att avyttra avtalsobjektet inom en viss tid och förmedlaren kan visa, att man inom denna tid sannolikt inte kunnat erhålla ett högre pris än man gjort, skall ingen ersättning utgå.

Man kan — åtminstone i teorin — också tänka sig, att uppdragsgivaren gör gällande ett skadeståndskrav på den grund att förmedlaren gjort en alltför optimistisk värdering av avtalsobjektet med påföljd att försäljningen fördröjts. De ersättningsposter som kan vara aktuella i ett sådant fall omtalas ovan i § 11.1.3.

11.3. FÖRMEDLARENS ANSVAR FÖR JURIDISK RÅDGIVNING M.M.

11.3.1. Fackmannaansvar

En fastighetsförmedlare verkar i högre eller lägre grad som avtalsparternas juridiska rådgivare under de olika skedena av ett av-

¹⁹ Se *Erme* 1978, B/54.

tals tillkomst. För de fel eller försummelser han gör sig skyldig till i samband med denna del av hans verksamhet ansvarar han i enlighet med de allmänna principer som omtalats ovan i § 10. I det följande skall anföras några synpunkter på det konkreta innehåll man bör lägga i dessa principer i det föreliggande fallet. En utgångspunkt kan tas i den bedömning av problematiken som *Fehr* gjort:

En ursäktlig okunnighet eller en ursäktlig glömska bör ej för-
anleda ansvar, men väl en glömska eller okunnighet av sådan art,
att ingen mäklare inom branschen borde låta komma sig sådan till
last. Hans ansvar bör sålunda bestämmas efter vad som med hän-
syn till hans ställning och verksamhet skäligen bör kunna av honom
fordras.»²⁰

I detta påstående är det såtillvida lätt att instämma, att man
uppenbarligen också vid bedömningen av denna problematik måste
starta med att fråga, hurudana krav man rimligen kan ställa på
förmedlarens verksamhet. *Fehr* förefaller dock något för mild i
sin bedömning av dessa krav, då han talar om »ursäktlig glömska»
som ett icke ansvarsgrundande förhållande. Förmedlaren måste
också i det föreliggande avseendet betraktas som ett slags fackman
och bedömas härefter. Glömska är i regel inte tillåten för en fack-
man.

Då man bedömer, hurudana okunskap som bör leda till ansvar för
en fastighetsförmedlare, är det likväl skäl att hålla i minnet, att
förmedlaren i regel inte kan förutsättas besitta samma kunskaper
som en jurist, ifall han inte till utbildningen råkar vara jurist. Detta
innebär å andra sidan inte, att förmedlaren inte överhuvudtaget
borde klassificeras som fackman i juridiska frågor. En förutsätt-
ning för förmedling av fastigheter måste nämligen, som *Fehr* fram-
håller, vara »ingående sakkunskap om fastighetsrätten, särskilt om
reglerna om lagfart och inteckning, om lagfartsstämpel, om fastig-

²⁰ *Fehr* 1925, 94.

hetsbeskattning, skogskultursskyldighet m.m.»²¹ Detta har också beaktats vid den prövning av förmedlarnas yrkeskompetens som utförs av fastighetsförmedlarnämnden. I FFF § 13 stadgas, att deltagare i provet bl.a. skall ådagalägga, att han känner till »de områden av lagstiftningen som komma i fråga vid bedrivandet av fastighetsförmedlingsrörelse».²² Deltagaren bör sålunda kunna besvara frågor, som rör bl.a. försäljning, byte, arrendering, lagfart, in-teckning och beskattning av fastighet, stadsplanering, delning av fastighet, byggnadsrätt på fastighet, kolonisationsverksamhet samt fastighets- och bostadsaktiebolag; därtill bör han kunna ådagalägga, att han kan uppsätta vid fastighetsförmedlingsverksamheten nödiga handlingar.²³ Vid utformningen av provet har fastighetsförmedlarnämnden förlagt tyngdpunkten till de juridiska frågorna.²⁴

I FFmf:s moralkodex för fastighetsförmedlare framhäver man också den synnerliga vikten av »att mäklaren är medveten om väntade lagstiftningsreformer och innehållet i dem, enär dessa på ett avgörande sätt kan påverka kundens beslut» (§ 13).

En förmedlares sakkunskap måste förutsättas omfatta åtminstone lagstiftningen på de rättsområden, som nämnts ovan. Måhända kan man ytterligare i vissa fall förutsätta, att han äger kännedom om centrala prejudikat.²⁵ Begår han misstag p.g.a. okunskap i nyss-nämnda hänseenden bör han i regel hållas ansvarig härför. Detta innebär dock inte, att han utan vidare borde gå fri från ansvar för felaktig vägledning angående mer svårbedömda juridiska frågor. Det faktum, att han inte kan förväntas lösa sådana problem, talar nämligen blott för att han utan risk för påföljder — t.ex. bortfall av rätten till provision²⁶ eller krav på ersättning för de kostnader anlitande av en jurist medfört — bör kunna hänvisa parterna till

²¹ *ibid.*

²² Samma regel ingår i FFFörsl § 17.

²³ Se Handels- och industriministeriets beslut angående tillämpningen av förordningen om fastighetsförmedlare (476/1968) § 4.

²⁴ *Erme* 1969, 7.

²⁵ Så även *Brækhus* 1947, 314 f.

²⁶ Se ovan § 8.2.3.

en advokat eller annan sakkunnig för utredning av problematiken. Ger han däremot ett råd, fastän han som fackman borde ha insett frågans komplicerade art, bör han också ansvara för riktigheten i rådet. I FFmf:s moralkodex för fastighetsförmedlare framhåller man också med rätta, att en förmedlare inte får »ge råd och direktiv i sådana ärenden som han inte behärskar» (§ 6).

Förmedlarens tidigare omtalade rapporteringsplikt, enligt vilken han bör lämna avtalspart alla de uppgifter som kan inverka på hans avgörande, omfattar också omständigheter av rättslig art. Förmedlaren är därför skyldig att fortlöpande hålla uppdragsgivaren informerad om de rättsliga problem, som uppdragets verkställande kan medföra. Ifall han härvid inte anser sig kompetent att bedöma något problem av exempelvis skatterättslig art, som kan aktualiseras då han utför uppdraget, bör han inte kunna undgå ansvar genom att ignorera problemet. Han bör i stället uttryckligen uppmärksamma uppdragsgivaren på det för att denne skall ha tillfälle att av andra sakkunniga erhålla den vägledning han är i behov av.

11.3.2. Konkreta ansvarssituationer

11.3.2.1. Ansvar för skatterättslig rådgivning

Redan i ett tidigt skede av uppdraget kan det bli aktuellt att ta upp de skatteproblem som kan anknyta sig till försäljningen av avtalsobjektet.²⁷ I detta sammanhang syns bl.a. frågan om säljarens skyldighet enligt IFL § 21 att betala inkomstskatt för sin tillfälliga försäljningsvinst²⁸ vara framträdande. Beträffande denna fråga bör förmedlaren uppenbarligen åläggas en viss aktiv rapporteringsplikt. Han bör bli ersättningsskyldig inte blott då han givit oriktiga svar på uppdragsgivarens frågor, utan även ifall han, efter

²⁷ I utbildningen av fastighetsförmedlare vid Markkinointi-instituutti ingår omfattande skatterättsliga avsnitt, se *Erme* 1977 avdelning D.

²⁸ Se härom närmare t.ex. *Andersson* 1975, 193 ff.

att han på basen av de handlingar han enligt FFF § 23²⁹ är skyldig att anskaffa kunnat konstatera, att skatt kommer att utgå för försäljningen, underlåtit att härom informera en uppdragsgivare, som inte ägt kännedom om överlåtelsens skatterättsliga konsekvenser. Denna omständighet är oftast så lätt konstaterbar och av så väsentlig betydelse för uppdragsgivaren att det knappast är betänkligt att ålägga förmedlaren en skyldighet av nämnda slag.³⁰ Är förhållandena vid försäljningen sådana, att förmedlaren har anledning att befara att uppdragsgivaren kan beskattas för yrkesmässig fastighets- eller aktieförsäljning,³¹ bör han naturligtvis också uppmärksamgöra uppdragsgivaren på denna omständighet.

I de formulär för köpebrev vid överlåtelse av bostadsaktie respektive fastighet, som utarbetats av FFmf, ingår en klausul, enligt vilken säljaren och köparen stiftat bekantskap med de skatterättsliga följder, som ansluter sig till köpet. Denna avtalsmässiga reglering av förhållandet mellan säljare och köpare kan knappast ha några återverkningar på förmedlarens ansvar. Förmedlaren kan inte sägas ha fullgjort sin rapporteringsplikt genom att låta parterna underteckna ett avtal med en färdigtryckt klausul, enligt vilken de erkänner sig vara informerade.

Det har hävdats, att det i de föreliggande fallen kan vara svårt att konstatera någon förlust, som kunde begrunda ersättningsskyldighet för den som försummat att ge erforderliga skatterättsliga råd.³² Vissa problem i detta avseende uppkommer onekligen lätt; problemen syns emellertid främst vara av bevismässig karaktär. Å ena sidan är det klart, att en uppdragsgivare, som skulle ha gått med på att avyttra avtalsobjektet på samma villkor som han gjort också om han haft kännedom om de skatterättsliga konsekvenserna

²⁹ FFFörsI § 26.

³⁰ Jfr dock betr. advokatansvaret *Vinding Kruse* 1976, 70, som anser det vara tämligen tvivelaktigt att pålägga advokat ersättningsansvar för underlåtenhet av i texten nämnt slag, »medmindre det drejer sig om meget grove tilfælde».

³¹ Se härom närmare t.ex. *Andersson* 1975, 219 ff.

³² *Vinding Kruse* 1976, 70.

av försäljningen, inte kan sägas ha lidit någon skada p.g.a. förmedlarens underlåtenhet, varför han följaktligen inte bör kunna kräva något skadestånd. Om uppdragsgivaren å andra sidan inte hade sålt fastigheten på dessa villkor, ifall han varit riktigt informerad om de fiskala aspekterna hos avtalet, har han uppenbarligen lidit en ersättningsgill förlust, vars högsta gränsvärde utgörs av skattens belopp. I enlighet med de allmänna principer som gäller för bevisbördans fördelning i skadeståndsmål har uppdragsgivaren, som kräver ersättning, att visa, att han lidit någon skada. Uppdragsgivaren bör m.a.o. visa, att han inte hade gått med på att sälja avtalsobjektet, ifall han känt till sin skattskyldighet. Med hänsyn till de uppenbara svårigheterna att prestera en sådan bevisning bör man emellertid i detta avseende nöja sig med relativt svaga bevis för att ålägga förmedlaren ersättningsskyldighet.

I ett utskottsutlåtande från FFmf har man tagit ställning till den föreliggande problematiken:

Utl. 4/1976 § 6. Uppdragsgivaren, som sålt sin bostadsaktie, hade vid köpslutet inte ägt de sagda aktierna i fem år, varför han beskattades för tillfällig försäljningsvinst. I samband med uppdraget hade man inte berört de eventuella skattemässiga konsekvenserna av försäljningen. Uppdragsgivaren krävde förmedlaren på ersättning för den efterbeskattning han utsatts för. Utskottet anförde, att förmedlaren i enlighet med god fastighetsförmedlarsed borde för säljaren redogöra för avtalets skatterättsliga följder. Den skatt på försäljningsvinsten, som säljaren pålagts, kunde likväl inte anses ingå i förmedlarens ekonomiska ansvar. I det föreliggande fallet kunde man ytterligare anta, att uppdragsgivaren, som var ekonom, redan på grund av sin ställning och sin utbildning vore väl förtrogen med skattefrågor. Ersättning borde alltså inte presteras. — Det refererade utlåtandet förefaller med sina generella formuleringar uppenbart motstridigt. Då man utgår från, att god fastighetsförmedlarsed förutsätter, att uppdragsgivaren erhåller information om de skattemässiga konsekvenserna av avtalet, kan man inte rimligtvis utan någon närmare motivering därefter hävda, att förmedlaren likväl inte skall bära något ekonomiskt ansvar, om han underlåter att följa denna sedvana. Härmed är likväl inte sagt att utlåtandet nödvändigtvis måste innehålla ett in casu felaktigt re-

sultat. Referatet innehåller t.ex. inga upplysningar som gör det möjligt att bedöma, huruvida uppdragsgivaren i fallet kunde sägas ha lidit någon bevisbar förlust.

Det är knappast skäl att ägna någon utförligare diskussion åt riktigheten i ett utskottsutlåtande från FFmf. Fallet är ur rättslig synvinkel av intresse främst därigenom, att ett sakkunnigt organ här otvetydigt uttalar, att det kan anses höra till god fastighetsförmedlarsed att upplysa uppdragsgivaren om den skatt som kan påläggas honom för försäljningen. Till denna del stöder utlåtandet ståndpunkten, att förmedlarens underlåtenhet att ge sådana upplysningar kan betraktas som ett kontraktsbrott, vilket kan leda till ersättningsskyldighet för förmedlaren.

Ytterligare stöd för denna ståndpunkt kan man numera finna i underrättspraxis. Tavastehus RR har i ett utslag av den 17. oktober 1977 och Helsingfors RR i ett utslag av den 29. maj 1978 ålagt förmedlare, som försummat skyldigheten att ge skatterättslig rådgivning, skadeståndsskyldighet gentemot uppdragsgivare, som beskattats för tillfällig försäljningsvinst vid försäljning av aktielägenhet. I det förstnämnda fallet uppgick skadeståndet till skattens belopp, medan man i det sistnämnda utdömde endast halva beloppet med hänvisning till, att uppdragsgivaren såsom ekonom och verkställande direktör för ett stort affärsföretag kunde anses vara medskyldig till skadan.³³

11.3.2.2. Ansvar för avtalets giltighet

Om förmedlaren begår misstag vid avtalsslutet, kan han naturligtvis på grundval av de allmänna principerna för förmedlarens ansvar bli ersättningsskyldig härför. *Stenius* framhåller också med rätta, att förmedlaren blir skadeståndsskyldig, om avtalet seder-

³³ Fallen refereras av *Listoheimo* 1978, 30. — Motiveringen till Tavastehus RR:s avgörande är uppenbarligen såtillvida felaktig, att man direkt åberopar SkL.

mera hävs p.g.a. förmedlarens försummelse.³⁴ Om t.ex. avtalsobjektet säljs till en person, som sedermera visar sig vara omyndig, eller om det inköps för en juridisk persons räkning av ett organ, som klart inte är kompetent att utföra rättshandlingar av ifrågasvarande slag, och köpet därför blir ogiltigt, ligger det nära till hands att göra en förmedlare, som inte förvissat sig om köparens möjligheter att ingå avtalet, ansvarig för den skada uppdragsgivaren lidit p.g.a. avtalets ogiltighet.

Förmedlaren har också att tillse, att brott mot formkravet i JB 1:2 inte äger rum vid överlåtelse av fastighet. Han bör sålunda se till att avtalet undertecknas av de samtidigt närvarande avtalsparterna och bevittnas av ett offentligt köpvittne och ett tillkallat vittne, vilka inte är jäviga.³⁵ Ifall avtalet blir ogiltigt p.g.a. ett brott mot JB 1:2 bör uppdragsgivaren kunna kräva ersättning av förmedlaren oberoende av om det formkrav som åsidosatts klart framgår ur lagen eller om det blott kan utläsas ur HD:s praxis kring JB 1:2. Formbestämmelserna i den nämnda paragrafen är av så central betydelse i förmedlarens verksamhet att man åtminstone på denna punkt med fog kan förutsätta, att förmedlaren bör känna till också andra juridiska data än själva lagtexten.³⁶

11.3.2.3. *Ansvar för avtalets innehåll*

Som tidigare nämnts, bör förmedlaren inte ensidigt tillgodose endast sin uppdragsgivares intressen. Han kan därför inte sägas ha gjort sig skyldig till något brott mot sina förpliktelser blott däri-

³⁴ Stenius 1947, 61 f.

³⁵ I praktiken brukar undertecknandet ofta äga rum hos förmedlaren, där det offentliga köpvittnet är till städes (förmedlaren har ett eget auktoriserat offentligt köpvittne).

³⁶ Stundom bör förmedlaren också se till, att man uppgör avtal om handpeng i den form som stadgas i JB 1:2, för att härigenom förhindra, att köparen ges möjlighet att kräva åter åtminstone en del av handpengen, ifall avtalet inte kommer till stånd p.g.a. köparens handlande. Någon

genom, att han i avtalet låtit inta också sådana klausuler, som är avsedda att trygga motpartens ställning. Om ett avtal som formulerats av förmedlaren t.ex. innehåller en skäligt avvägd vitesklausul, enligt vilken säljaren har att betala köparen ett bestämt vite för den tid han kvarstannar i lägenheten eller på fastigheten efter den avtalade flyttningsdagen, kan säljaren inte enbart med hänvisning härtill göra gällande, att förmedlaren gjort sig skyldig till brott mot uppdragsförhållandet och därför vore ersättnings-skyldig. Då förmedlaren enligt FFF har att tillgodose vardera avtalspartens intressen bör han inte bli skadeståndsskyldig gentemot uppdragsgivaren av den anledningen att han på ett rimligt sätt sökt tillvarata också motpartens fördel. För att skadeståndsskyldighet skall uppkomma krävs att förmedlaren försummat att i tillräcklig mån bevaka sin uppdragsgivares intressen.

Då förmedlaren utformar avtalet, bör han bl.a. såtillvida tillgodose sin uppdragsgivares intressen, att denne inte utsätts för någon onödigt risk med hänsyn till betalningen av köpeskillingen. I ett avtal om överlåtelse av bostadsaktie, för vilken hela köpeskillingen inte erläggs kontant, bör man sålunda i regel föreskriva, antingen att äganderätten till aktierna övergår först då köpeskillingen är i sin helhet betald eller att säljaren har panträtt i aktierna till säkerhet för den resterande delen av köpeskillingen.³⁷ Lider

generell skyldighet att förfara på detta sätt är likväl knappast praktikabel och kan inte heller försvaras med hänvisning till praxis inom branschen. I speciella fall, t.ex. när man av någon anledning skjuter upp avtalsslutet för en längre tid, bör förmedlaren emellertid anses skyldig att bevaka sin uppdragsgivares rättigheter genom att låta uppgöra avtalet om handpeng i lagstadgad form. Jfr Utl. 4/1975 § 9, där man avtalat om att handpeng skulle ges och att resten av köpeskillingen skulle betalas vid en senare tidpunkt, emedan den ändring av stadsplanen, i vilken man fastställde byggnadsrätten, ännu inte hade godkänts. Förmedlaren ansågs i detta fall ha bort låta uppgöra avtalet om handpeng i den form som anges i JB 1:2; då så inte skett, nedsattes hans provisionskrav.

³⁷ I de formulär för köpebrev som fastställts av FFmf att användas vid köp av bostadsaktie med betalningstid har man intagit en klausul, enligt vilken de sålda aktierna kvarstår i säljarens besittning som hand-

säljaren skada av att förmedlaren inte vidtagit några säkringsåtgärder av nyssnämnt slag, bör förmedlaren ansvara härför. Denna punkt i avtalet är därtill av så central betydelse att man här uppenbarligen bör vara återhållsam med att godta en exculpering från förmedlarens sida.

Förmedlaren bör naturligtvis undvika att låta klausuler, vilkas giltighet inte kan betraktas som säker, inflyta i avtalet. Om förmedlaren t.ex. i ett avtal om överlåtelse av fastighet låtit inta ett resolutivt villkor, bör han i regel skyldigkännas att ersätta den skada uppdragsgivaren lider genom att han enligt F, innefattande stadganden till förebyggande af olämpliga förbehåll vid fastighetsköp och jordegendomsars öfverdrifna betungande med sytning och andra besvär (i 21/1864) inte kan göra villkoret gällande. Förmedlaren bör också sträva till att ge avtalet en klar formulering. I FFmf:s moralkodex framhåller man, att »mäklaren måste dra försorg om att samtliga avtal, oberoende av om de gäller uppdrag, köp eller annat liknande, uppgörs så klart och i enlighet med stadgandena i lag eller förordning, att inga tolkningssvårigheter eller tvister kan uppstå på grund av dem» (§ 9). Den målsättning man här uppställer är givetvis ouppnåelig. Vardagsspråkets och det juridiska språkets vaghet och mångtydighet medför att tolkningsproblem aldrig kan helt elimineras. Dock bör förmedlaren sträva till att i den utsträckning det är möjligt med de språkliga redskap som står honom till buds uppnå motsvarighet mellan avtalet och avtalsparternas intentioner. Om avtalet p.g.a. en slarvigt formulerad klausul kommit att få en annan tolkning än uppdragsgivaren trott, är det inte uteslutet att förmedlaren kan dras till ansvar härför.³⁸

fången pant till säkerhet för den obetalda köpeskillingen inklusive räntor och indrivningskostnader och säljaren har rätt att, ifall betalning inte sker på förfallodagen, realisera panten på det sätt han finner bäst utan att behöva iakttä förfarandet i HB kap. 10.

³⁸ I Utl. 3/1977 § 6 påstod uppdragsgivaren att en situation av detta slag förelåg. Uppdragsgivaren, som sålde sin tandläkarmottagning, ansåg att man i köpeförhandlingarna hade kommit överens om, att hon skulle göra en liten reparation för att lappa det hål i golvet hennes stol förorsakat

11.4. FÖRMEDLARENS ANSVAR FÖR MOTPARTENS BETALNINGSFÖRMÅGA

11.4.1. Culpaansvaret

Förmedlaren undersöker i praktiken inte köparens betalningsförmåga eller hans betalningsvillighet i övrigt. Allmänt anses också, att förmedlaren inte är skyldig att undersöka omständigheter av detta slag.³⁹ Förmedlaren anses därför i regel inte heller vara ansvarig för att köparen uppfyller kontraktet. Han bär inte något uppfyllelseansvar.⁴⁰

Vissa undantag måste naturligtvis göras från regeln, att förmedlaren inte bär något ansvar för motpartens betalningsförmåga. Den omständigheten, att förmedlaren i regel inte är underkastad någon undersökningsplikt, bör inte frita honom från ansvar, ifall han känt till bristerna i motpartens betalningsförmåga utan att informera sin

samt för att avlägsna lavoaren i väggen. I köpebrevet antecknades, att säljaren skulle avlägsna lavoaren och reparera golvet på sin bekostnad. Mellan säljaren och köparen uppstod tvist och säljaren förpliktades i RR att till köparen presteras reparationskostnader 1 726 mk och rättegångskostnader 1 000 mk. Uppdragsgivaren krävde förmedlaren på ersättning för dessa belopp samt för egna advokatkostnader 1 499 mk. Utskottet yttrade: då golvet skick var ett väsentligt villkor vid köpet, borde köpebrevet ha uppgjorts så, att säljarens och köparens centrala överenskommelser här hade tydligt framkommit. Ytterligare kunde man av handlingarna sluta sig till, att tvisten hade uppstått p.g.a. att köpebrevet uppgjorts alltför ofullständigt. Utskottet ansåg sig likväl såsom ett organ, vilket en branschorganisation frivilligt tillsatt, inte befogat att yttra sig om ersättningsfrågan.

³⁹ *Chydenius* 1925, 345, *Hiekkaranta* 1969, 199, *Erme* 1978, B/46, och *Fehr* 1925, 93.

⁴⁰ *Fehr* 1925, 99. Så även Utl. 4/1976 § 4. — Regeln kan också begrundas med en analogi från HB 18:6:

»Hafver sysloman borgadt sin hufvudmans gods och vahrer ut til then, som för ärlig och richtig man känd var, men finnes sedan så fattig, at han ej gitter thet återgälda; vare tå sysloman ej skyldig thet at fylla, utan han särskild vedergällning niuter för thet, han slikt efventyr stånda må.»

uppdragsgivare härom.⁴¹ De uppgifter om köparens betalningsförmåga (och -villighet) som förmedlaren känner till och som är av betydelse för uppdragsgivaren, när denne fattar beslut om avtalet, bör omfattas av förmedlarens rapporteringsplikt gentemot uppdragsgivaren.⁴²

Förmedlarens ansvar borde vidare inte begränsas blott till de fall, där han underlåtit att till uppdragsgivaren rapportera om brister i motpartens betalningsförmåga eller -villighet som han de facto känt till. Det förefaller nämligen ligga nära till hands att kräva en kvalificerad god tro hos förmedlaren för att denne skall undgå ansvar för brister av nyssnämnt slag. Förmedlaren skulle bli ansvarig inte blott då han känt till bristerna, utan även då han på grundval av omständigheterna borde ha känt till dem. Han borde m.a.o. utföra närmare undersökningar, ifall det föreligger omständigheter som ger en antydning om, att motparten befinner sig i ekonomiska svårigheter, eller åtminstone uppmärksamgöra uppdragsgivaren på dessa omständigheter och på deras betydelse. För en sådan regel talar bl.a. hänsynen till förmedlarens skyldighet att på ett fackmannamässigt sätt tillgodose sin uppdragsgivares intressen; då avtalsobjektet vid fastighetsförmedling ofta utgörs av uppdragsgivarens bostad, vars försäljning skall ge uppdragsgivaren möjlighet att finansiera ett nytt bostadsköp, som kanske redan är ingånget, är det på detta område av största vikt, att köparens prestation äger rum som avtalat. Vidare stöds regeln av bevismässiga hänsyn: det kan i många fall vara svårt att fastställa, vad förmedlaren de facto känt till. En hänvisning till HB 18:6 kan slutligen också vara på sin plats: den ansvarsfrihet för syssloman som stipuleras i detta lagrum kommer ju blott i fråga, ifall motparten är någon, »som för ärlig och riktig man känd var».

En uppdragsgivare, som kräver ersättning av förmedlaren p.g.a. motpartens oförmåga eller ovillighet att prestera, bör uppenbarligen visa, antingen att förmedlaren känt till bristerna hos mot-

⁴¹ *Chydenius* 1925, 345, *Fehr* 1925, 93, 99.

⁴² *Hiekkaranta* 1969, 202.

parten eller att han brutit mot den undersökningsplikt, som kan anses åvila honom enligt det ovanstående. Han bör alltså i sistnämnda fall leda i bevis, att det in casu förelegat någon omständighet, som bort föranleda förmedlaren att närmare undersöka motpartens förhållanden. Den i princip omkastade bevisbördan angående förmedlarens culpa kommer i detta fall sålunda att vara av ringa praktisk betydelse; detta är en följd av att presumtionsansvaret vid bedömningen av den föreliggande frågan underordnas en annan presumption, nämligen den att förmedlaren inte behöver betvivla motpartens betalningsförmåga.

11.4.2. Ansvar p.g.a. garanti

Förmedlaren kan uttryckligen garantera, att motparten uppfyller kontraktet eller att motparten är solvent; i sådana fall kan han givetvis bli ansvarig oberoende av culpa på grundval av garanti-förbindelsen.⁴³

11.5. FÖRMEDLARENS REDOVISNINGANSVAR

11.5.1. Allmänt

En förmedlare är givetvis i likhet med andra sysslomän redovisningsskyldig gentemot sin uppdragsgivare för de medel han erhållit inom ramen för uppdraget.⁴⁴ Han bör för sin uppdragsgivare göra »redo och besked för thet han om händer får» (HB 18:1). I praktiken omfattar denna redovisningsskyldighet blott den handpeng förmedlaren har fullmakt att uppbära av motparten. Som tidigare framgått brukar man ju i regel inte ge fastighetsförmedlare fullmakt att motta t.ex. prestation av köpeskillingen.

⁴³ Brækhus 1947, 324.

⁴⁴ Förmedlarens redovisningsskyldighet berörs också av *Hiekkaranta* 1969, 232 ff.

Förmedlaren bör till uppdragsgivaren redovisa och utbetala handpengen med avdrag för provision och eventuell kostnadsersättning. Förmedlaren mottar handpengen blott i egenskap av fullmäktig för uppdragsgivaren och han har därför inte någon rätt att exempelvis fatta beslut om att återbetala handpengen till köparen, ifall avtal inte kommer till stånd. Detta mer eller mindre självklara förhållande påpekas här särskilt av den anledningen, att det i praktiken förekommer att förmedlare av goodwill- eller liknande skäl stundom i sådana fall återställer handpengen till köparen. Har förmedlaren förfarit på detta sätt är han på grundval av sitt redovisningsansvar oberoende av vållande skyldig att ersätta uppdragsgivaren den del av handpengen som bort tillkomma denne. Den del av handpengen som skall tillfalla förmedlaren som provision eller kostnadsersättning är han givetvis berättigad att förfoga över på det sätt han själv finner lämpligt.⁴⁵

Enligt FFmf:s moralkodex bör förmedlaren »dra noga försorg om att han handhar separat och omsorgsfullt penningmedel, värdepapper och andra ekonomiska värden, som kunden anförtrott i hans vård» (§ 7). Skyldigheten att hålla redovisningsmedel avskilt t.ex. på ett särskilt kundkonto⁴⁶ är avsedd att skydda uppdragsgivaren mot förmedlarens borgenärer vid utmätning eller konkurs hos förmedlaren.⁴⁷

11.5.2. Tiden för klander av redovisning

Preskriptionsregeln i HB 18:9 är uppenbarligen tillämplig också på redovisning som avgivits av förmedlare.⁴⁸ Vill uppdragsgivaren inte godta förmedlarens redovisning bör han alltså — om han inte

⁴⁵ Så även Utl. 11. 4. 1972 § 3.

⁴⁶ Se betr. advokats skyldighet att hålla kundens medel avskilt *Ylöstalo* 1975, 54.

⁴⁷ Se även *Ylänkö* 1973, 108 och *Bengtsson* 1977, 165.

⁴⁸ Se även *Cederberg* 1949, 26 och *Telaranta* 1977, 72, där HB 18:9 anges vara tillämplig vid klander av handelsrepresentants redovisning.

har laga förfall — väcka talan mot förmedlaren inom natt och år efter det redovisningen avgivits vid äventyr att han annars anses ha godkänt redovisningen.⁴⁹ Detta innebär bl.a., att förmedlarens uträkning av provisionen, som avdragits i redovisningen, efter klandertidens utgång i regel inte längre kan anfäktas.⁵⁰ Det är också möjligt att uppdragsgivarens rätt att kräva skadestånd av förmedlaren p.g.a. försummelser från dennes sida avbryts på grundval av den nämnda preskriptionsregeln.⁵¹ Det bör härvid dock observeras, att regeln i HB 18:9 kan tillämpas blott ifall förmedlaren de facto avgivit en redovisning av medel som han erhållit av uppdragsgivaren eller mottagit på dennes vägnar. Har förmedlaren inte uppburit några medel på detta sätt kan stadgandet aldrig bli tillämpligt.⁵²

Ettårspreskriptionen anses inte träffa skadeståndskrav, som grundar sig på brottsligt förfarande från förmedlarens sida.⁵³ Om uppdragsgivaren kan visa, att förmedlaren förfarit svikligt eller att det skett ett uppenbart misstag då redovisningen uppgjordes, anses han inte heller vara bunden av den ettåriga klandertiden.⁵⁴

⁴⁹ Bengtsson 1977, 166.

⁵⁰ Se Bengtsson 1977, 167, Rodhe 1956, 672 och Tiberg 1977, 27.

⁵¹ Så t.ex. Bengtsson 1977, 166 och Rodhe 1956, 672.

⁵² Se Bengtsson 1977, 167, Rodhe 1956, 672 och Tiberg 1977, 27.

⁵³ Se Bengtsson 1977, 167 och Rodhe 1956, 672.

⁵⁴ Se Cederberg 1949, 26, Raninen 1949, 12 och *Kom.miet.* 1971: A 31, 37. Tiberg 1977, 27 nämner blott att preskriptionsbestämmelsen inte torde vara tillämplig vid svikligt förfarande.

§ 12. FÖRMEDLARENS ANSVAR GENTEMOT KÖPAREN/MOTPARTEN

12.1. INLEDNING; SKYLDIGHET ATT HANDLA

Som redan i § 10 anförts bör förmedlarens ansvar gentemot motparten principiellt bedömas efter samma linjer som hans ansvar gentemot uppdragsgivaren, dock så, att man vid bedömningen av ansvaret mot uppdragsgivaren måhända kan utnyttja en något strängare måttstock. Med hänsyn till ansvarsgrunden bör det alltså inte föreligga några betydande skillnader mellan de båda ansvarsrelationerna. Däremot måste de konkreta problem som i praktiken blir föremål för bedömning naturligtvis ofta vara olika. Förmedlarens skyldigheter gentemot uppdragsgivaren/säljaren måste delvis vara andra än hans skyldigheter gentemot motparten/köparen.

Det är t.ex. uppenbart, att en förmedlare inte kan ha någon skyldighet att handla aktivt gentemot de presumtiva motparterna. Om förmedlaren förhåller sig passiv efter att han mottagit ett uppdrag är detta ett problem som enbart berör uppdragsgivaren. En annan sak är, att förmedlaren inte heller i förhållande till motparten får motverka avtals tillkomst.¹

¹ Se även närmare betr. förmedlarens ansvar gentemot spekulant nedan p. 12.4.

12.2. FÖRMEDLARENS UPPLYSNINGSPLIKT

12.2.1. Den mäklarrättsliga litteraturen

I den nordiska mäklarrättsliga litteraturen framhåller man allmänt, att förmedlaren har en viss upplysningsplikt också gentemot motparten i det förmedlade avtalet. Frågan, vilken omfattning denna upplysningsplikt skall anses ha, är likväl omstridd. Enighet syns blott råda därom, att förmedlaren skall anses skyldig att för motparten tillkännage samtliga för avtalsslutet relevanta omständigheter, som han erfarit av uppdragsgivaren eller som han på något annat sätt erhållit kännedom om.²

Olika uppfattningar har däremot gjorts gällande angående spörsmålet, huruvida förmedlarens upplysningsplikt bör anses begränsad till skyldigheten att återge uppgifter han passivt erfarit eller om förmedlaren också i någon utsträckning skall anses skyldig att aktivt skaffa nya upplysningar och kontrollera de upplysningar uppdragsgivaren givit honom. *Fehr* framhåller, att förmedlaren inte har någon skyldighet att skaffa upplysningar,³ medan *Frost* åter intar ståndpunkten, att förmedlaren är skyldig att anskaffa uppgifter i den utsträckning som »man med rimelighed kan forlange af en person, som har gjort sig det til levevej at formidle køb og salg af ejendomme etc.»⁴ Enligt sistnämnde författare har förmedlaren därtill inte sällan anledning att kontrollera och värdera de upplysningar han erhållit av uppdragsgivaren. Ifall kontrollen är förknippad med så stort besvär att man inte kan kräva att förmedlaren utför den, måste denne åter göra ett klart förbehåll härom gentemot motparten.⁵

Även *Brækhus* vill ålägga förmedlaren en skyldighet att kontrollera uppdragsgivarens uppgifter. Man kan nämligen utgå från,

² Se *Fehr* 1925, 93, *Frost* 1964, 61 och *Brækhus* 1947, 270, 276.

³ *Fehr* 1925, 93.

⁴ *Frost* 1964, 61.

⁵ *Frost* 1964, 60 f.

att motparten p.g.a. förmedlarens insikter och erfarenhet i branschen litar mer på dennes upplysningar än på dem uppdragsgivaren består honom med. Därför måste man »pålegge megleren plikt til i noen grad å vurdere og kontrollere de opplysninger han får fra en part, før han sender dem ut til publikum eller overbringer dem til motparten».⁶ Författaren vill däremot inte skyldigkänna förmedlaren att i övrigt aktivt skaffa fram upplysningar. Endast ifall omständigheterna ger förmedlaren anledning att misstänka, att allt inte är i sin ordning, bör han ha en viss undersökningsplikt.⁷ Därtill kan omständigheterna i övrigt stundom ge anledning att förutsätta aktiv undersökning från förmedlarens sida: om en fastighetsförmedlare t.ex. uppger sig ha besiktigat en egendom, måste hans upplysningsplikt anses omfatta alla förhållanden, om vilka en normal besiktning skulle ha gett honom kunskap.⁸

12.2.2. Upplysningsplikten vid fastighetsförmedling

12.2.2.1. Rapporteringsplikt

I finsk rätt framgår redan av FFF att fastighetsförmedlare är underkastade en viss rapporteringsplikt. Som redan tidigare nämnts, bör ju förmedlaren enligt FFF § 21.1⁹ innan köp avslutas »lämna såväl köpare som säljare alla de uppgifter som vid köpets avslutande kunna inverka på deras avgöranden». Om förmedlaren underlåter att före köpets avslutande¹⁰ ge motparten upplysning om de för avtalsslutet relevanta omständigheter han har kännedom om, bör

⁶ Brækhus 1947, 271.

⁷ Brækhus 1947, 278.

⁸ Brækhus 1947, 278 f.

⁹ FFFFörs. § 25.1.

¹⁰ Ifall uppgifterna givits köparen före köpslutet, är kravet i FFF § 21.1 uppfyllt; förmedlaren behöver m.a.o. inte nödvändigtvis ge dessa uppgifter t.ex. redan i samband med annonseringen, Muistio 1978, 51 f.

han — om han inte undantagsvis kan exculpera sig — bära ersättningsansvar härför gentemot motparten.

Rapporteringsplikten omfattar alla omständigheter av betydelse för avtalsslutet, som förmedlaren känner till,¹¹ oberoende av hur nära de anknyter sig till avtalsobjektet. Uppgifter av många olika slag — angående såväl själva avtalsobjektets skick som omgivningens karaktär och planering — berörs sålunda av rapporteringsplikten. Som exempel på rapporteringsplikten omfattning må nämnas några utlåtanden från FFmf:

Utl. 5/1976 § 6. Efter att en fastighet sålts krävdes köparen på betalning för de rater av anslutningsavgiften till avloppsnätet som förföll till betalning efter köpslutet. Enligt köpavtalet skulle köparen svara för alla de avgifter som förföll till betalning efter denna dag. I köpebrevet ingick också en försäkran, enligt vilken fastigheten inte belastades av andra skulder än vissa bestämda inteckningar. Säljaren av fastigheten hade omtalat för förmedlaren, att de nämnda raterna av anslutningsavgiften skulle förfalla till betalning senare. Förmedlaren hade emellertid glömt att berätta om saken för köparen. Utskottet framhöll, att förmedlaren, då han varit medveten om saken, utan vidare hade varit skyldig att informera köparen om ifrågavarande avgifter, varför han gentemot köparen var ansvarig för avgifterna. Därtill påpekade man, att försummelsen kunde betraktas som grov vårdslöshet, varför den ifrågavarande skadan inte skulle ersättas ur ansvarsförsäkringen.

Utl. 5/1976 § 7. Köparna hade köpt en 1,3 ha stor parcell på en ö. Deras ansökan om byggnadstillstånd för en fiskestuga förkastades, varefter de krävde förmedlaren på 2 932,80 mk i ersättning för de kostnader de haft för det värdelösa köpet. Utskottet fann, att förmedlaren, då han varit närvarande som köpvittne vid alla de fyra köp som nämndes i handlingarna och då han visste, att byggnadsrätten ursprungligen hade givits för ett outbrutet område på 5 ha, inte kunde anses ha klargjort saken tillräckligt för köparna, vilkas krav var mycket skäligt.

¹¹ Om han efter att ha givit någon uppgift får reda på att läget förändrats, bör han givetvis informera köparen även härom, se *Erme* 1978, B/54 f.

Om förmedlaren aktivt vilseleder motparten genom att medvetet ge honom felaktiga upplysningar, bör han naturligtvis också bli ersättningsskyldig för den skada motparten lidit härav. Ifall motparten t.ex. med hjälp av falska uppgifter om andra spekulanter har pressats att ingå ett oförmånligt avtal¹² kan han sålunda i princip rikta ett skadeståndskrav mot förmedlaren; i praktiken kan det givetvis vara svårt att bevisa, att de nämnda uppgifterna varit falska och att motparten lidit någon ersättningsgill skada.

12.2.2.2. Skyldighet att anskaffa handlingar

FFF ger också vid handen, att fastighetsförmedlaren inte enbart kan nöja sig med att verka som en passiv rapportör av de uppgifter som han erhållit av uppdragsgivaren eller som han annars råkar känna till. I FFF § 23 åläggs förmedlaren nämligen att för köparen förete en viss, i lagrummet specificerad, utredning rörande avtalsobjektet:¹³

»Angående egendom, som är föremål för köp, skall förmedlaren förete köparen:

1) när fast egendom salubjudes, de handlingar på vilka säljarens ägande- eller besittningsrätt grundar sig, utdrag ur jordregister eller tomtbok samt, i original eller styrkt avskrift, de övriga handlingar som erfordras för att individualisera föremålet för köpet och utreda säljarens rätt därtill samt, innan köp slutligt avslutas, gravationsbevis och av uppdragsgivaren undertecknad utredning om ogulden köpeskilling, som möjligen belastar den fasta egendomen, och om honom veterliga servitut och andra gravationer, som icke framgå av gravationsbeviset, samt då fråga är om obebyggd tomt, utredning om byggnadsmöjligheterna; och

2) vid förmedling av ovan i 2 § 1 p. avsedda aktier eller andelar styrkt avskrift av sammanslutningens gällande bolagsordning eller

¹² Sådana »tredje män» utnyttjas uppenbarligen fortfarande i någon utsträckning, se Hufvudstadsbladet 27. 1. 1979.

¹³ Se närmare härom *Erme* 1978, B/65 f.

stadgar samt vederbörligt intyg över i vems namn aktierna äro upptagna i aktiebok samt utredning om äganderätten till aktierna eller andelarna och om panträtt som möjligen belastar den. För bedömmande av sammanslutningens ekonomiska ställning skall köparen företes avskrift av senaste bokslut samt annan utredning som erfordras för uträknande av aktiens eller andelens värde.»¹⁴

Om förmedlaren inte anskaffar den utredning som nämns i lagrummet och företer den för motparten, är det uppenbart, att han bör bära ett ersättningsansvar gentemot motparten för denna försummelse.¹⁵ En förutsättning härför är att försummelsen kan visas ha länt motparten till någon skada. Om det inte ur handlingarna hade framgått några relevanta negativa uppgifter utöver dem, som förmedlaren tillkännagivit för motparten eller som motparten erhållit kännedom om på andra vägar, bör sålunda ingen ersättning utgå, då motparten inte lidit någon skada p.g.a. försummelsen.

Om förmedlaren givit motparten uppgifter, som han på basen av de handlingar han bort anskaffa hade kunnat konstatera vara felaktiga, bör han ansvara för den skada motparten lidit p.g.a. de falska uppgifterna. Då man i FFF uttryckligen ålagt förmedlaren skyldigheten att införskaffa utredning, bör han inte kunna exculpera sig med hänvisning till att han befann sig i god tro beträffande uppgifternas riktighet, inte ens då han kan anföra starka skäl för

¹⁴ Motsvarande regel ingår i FFFörsl § 26. Här kräver man dock *expressis verbis*, att handlingarna *bevisligen* skall företes köparen *före köpets avslutande*. I förteckningen i p. 2 har ytterligare nämnts handelsregisterutdrag.

¹⁵ Se även Utl. 5/1975 § 8: De sålda aktiebrevens hade uppgivits vara i en banks besittning i pant för förbindelser uppgående till 60 000 mk. Det framgick emellertid senare, att denna fordran uppgick till ca 121 000 mk och att aktierna därtill var efterförpantade i en annan bank för ca 70 000 mk. Köparen anhöll om utlåtande därom, huruvida förmedlaren förfarit i enlighet med god fastighetsförmedlarsed och om han var ersättningskyldig. Utskottet fann, med hänvisning till FFF §§ 21 och 23 p. 2, att förmedlaren var skyldig att förete utredning om panträtten och då förmedlaren inte ens påstått, att han inte haft kännedom om efterpanten före köp-

sin förlitan på uppgifterna. Ett utlåtande från FFmf kan anföras i detta sammanhang:¹⁶

Utl. 5/1975 § 10. Förmedlaren hade ordnat försäljningen av en tomt, vars areal enligt de föreliggande handlingarna var 1 050 m². Senare framgick av den officiella tomtboken, som vid köpslutet inte företetts, att arealen var bara 915 m². Köparna krävde av förmedlaren gottgörelse enligt kvadratmeterpris, sammanlagt 5 528, 25 mk. Utskottet fann, att förmedlaren befunnit sig i god tro beträffande den uppgift han givit, då han grundat den inte blott på säljarens upplysning utan även på den arealuppgift som använts av kommunstyrelsen i den kommun som i tiden sålt fastigheten åt säljaren. Förmedlaren kunde sålunda inte anses ha förfarit i strid med god fastighetsförmedlarsed, varför utbetalning av ersättning ur ansvarsförsäkringen måste anses berättigad.

Förmedlaren bör i regel inte heller kunna undgå ansvar enbart genom att hänvisa till att han låtit köparen ta del av de handlingar, som nämns i FFF. Förmedlaren bör också själv studera handlingarna för att kontrollera att de uppgifter han ger är riktiga. Om han givit köparen en bestämd upplysning, vars felaktighet framgår av handlingarna, kan han sålunda mycket väl tänkas bli ersättningsansvarig gentemot köparen, om denna inte observerat, att upplysningen var falsk. Likaledes kan förmedlaren åläggas ersättningsansvar, ifall han underlåtit att för köparen uttryckligen framhålla någon betydelsefull negativ omständighet, trots att köparen kunnat erhålla kännedom om omständigheten genom att noggrannare stifta bekantskap med de handlingar förmedlaren företett honom. Då förmedlaren kan förutsättas ha erfarenhet i branschen, bör han med relativ lätthet kunna leta fram relevanta uppgifter ur de ifrågavarande handlingarna, medan köparen såsom lekman redan p.g.a. det främmande språkbruket kan ha betydande svårigheter att tillgodogöra sig informationen och därför lätt kan undgå att

slutet, ansågs han inte ha förfarit i enlighet med god fastighetsförmedlarsed. Till ersättningsfrågan ville utskottet ännu inte i detta skede ta ställning.

¹⁶ Se även det nedan s. 229 refererade Utl. 5/1976 § 5.

observera någon relevant omständighet. Förmedlarens skyldighet att tillvarata vardera partens intressen i avtalet måste därför anses innefatta också en skyldighet att på ett lättfattligt sätt för motparten klarlägga de eventuella negativa faktorer i anslutning till avtalsobjektet, vilka framgår av den utredning som presenteras. — Om motparten i det nyssnämnda fallet kan anses ha försummat att undersöka handlingarna på ett sätt, som kan betraktas som godtagbart med hänsyn till hans utbildningsnivå m.m., är det naturligtvis möjligt att jämka skadeståndet p.g.a. den skadelidandes medvålande.

Det är å andra sidan skäl att framhålla, att förmedlaren i regel inte bör anses skyldig att ytterligare utreda riktigheten hos uppgifterna som framgår av de handlingar som nämns i FFF § 23.¹⁷ Då man i FFF uttryckligen angivit, vilka handlingar förmedlaren skall förete för köparen, har man uppenbarligen utgått från, att man genom denna utredning i tillräcklig utsträckning kan trygga att köparen erhåller riktiga uppgifter rörande de frågor utredningen berör. Ifall förmedlaren har särskild anledning att betvivla riktigheten hos någon uppgift, som framgår av handlingarna, bör han dock utföra tilläggsutredning eller åtminstone klart framhålla sina tvivel för köparen. Särskilt beträffande privata intyg såsom disponentintyg syns man kunna kräva en viss vaksamhet hos förmedlaren. Som illustration kan nämnas följande utlåtande, där utskottet dock lämnat ansvarsfrågan öppen:

Utl. 11. 4. 1972 § 1. En fastighetsförmedlare hade förmedlat försäljningen av aktier i ett bostadsaktiebolag, vilka berättigade till besittningen av sju olika lägenheter. Härvid hade han i förlitan på disponentintyget meddelat att aktierna var skattefria till utgången av år 1972. Senare framkom, att aktierna var skattefria blott till utgången av år 1971. Utskottet konstaterade, att förmed-

¹⁷ Se även Utl. 11.4.1972 § 2: om en offentlig handling innehåller felaktig uppgift om arealen kan förmedlaren naturligtvis inte klandras härför; Utl. 2/1977 § 6: då förmedlaren klarlagt säljarens äganderätt medelst lagfartsbevis, kunde han inte anses ansvarig för de tvister rörande äganderätten, som senare uppkommit.

laren ofrivilligt hade förorsakat köparna ekonomisk skada genom att lita på disponentintyget, varför ersättning skulle utgå ur ansvarsförsäkringen, ifall förmedlaren genom domstols avgörande förpliktades att ersätta skadan.

12.2.2.3. Undersökningsplikt i övrigt

I FFmf:s moralkodex utgår man från, att förmedlaren har en självständig undersökningsplikt som går utöver skyldigheten att förete utredning enligt FFF § 23. Man stipulerar nämligen här, att förmedlaren är skyldig »att anskaffa all utredning och granska alla fakta rörande försäljningsobjektet, så att intet misstag eller ingen felaktig upplysning kan förekomma och att ingen omständighet, som kan inverka på sakens avgörande blir oanmäld eller oklar» (§ 5). Denna principiella utgångspunkt förefaller också stå i harmoni med den skyldighet att tillvarata vardera partens intressen som man i FFF ålagt förmedlaren. En förmedlare, som helt förlitar sig på uppdragsgivarens uppgifter om avtalsobjektet,¹⁸ är inte utrustad att uppfylla sina skyldigheter gentemot motparten.

Frågan, hur omfattande förmedlarens aktiva undersökningsplikt kan anses vara, kan knappast sammanfattas i någon generell regel, som inte vore mer eller mindre innehållslös. Man måste — på samma sätt som vid bedömningen av förutsättningarna för att ålägga förmedlaren ansvar i andra fall — operera med en argumentering utgående från vilka krav som kan ställas på en förmedlares verksamhet med hänsyn till omständigheterna i det en-

¹⁸ I FFF § 22 föreskrivs:

»Sedan förmedlare mottagit i 2 § avsett förmedlingsuppdrag, skall han, innan han framlägger saluanbud, avfordra uppdragsgivaren eller själv för dennas räkning uppgöra en noggrann och tillförlitlig skriftlig beskrivning av föremålet för köpet, vilken beskrivning uppdragsgivaren skall under-teckna med bekräftande av sanningsenligheten av däri lämnade uppgifter.»

Denna regel föreslås nu utelämnad såsom överflödig, *Muistio* 1978, 49. — *Erne* 1978, B/58 framhåller också, att förmedlaren såsom sakkunnig bör kontrollera sådana av uppdragsgivaren givna uppgifter, vilka enligt förmedlarens erfarenhet möjligen kan vara falska.

skilda fallet.¹⁹ Ett par utlåtanden från FFmf kan tjäna som exempel på fall, där förmedlaren ansågs ha bort undersöka omständigheter, som inte med säkerhet direkt hade framgått av de handlingar som nämns i FFF § 23:²⁰

Utl. 5/1976 § 5. Köparen av en aktielägenhet hade framställt ett 3 000 mk stort ersättningskrav gentemot förmedlaren, emedan en i trappuppgången placerad WC, som förmedlaren hade angivit vara endast i den köpta lägenhetens bruk, också användes av grannlägenheten. Utskottet ansåg, att förmedlaren förfarit försumligt, emedan denna uppgift lätt hade erhållits ur bolagsordningen eller av disponenten, samt fann en ersättning om 1 500 mk vara skälig.

Utl. 3/1975 § 7. Utskottet ansåg, att man beträffande ett bolag, som bildats av en gründer och som först håller på att påbörja sin självständiga verksamhet, i allmänhet bör för aktiernas köpare uppvisa en detaljerad och sanningsenlig redogörelse för bolagets förmögenhetsställning och ansvar. Förmedlaren hade därför förutom att prestera andra till saken hörande utredningar bort för köparna ge uppgift också om en sådan utgiftspost för bolaget som anslutningsavgiften till avloppsnätet²¹ samt presentera ett gravationsbevis rörande fastigheten.

12.2.2.4. Uppgifter om uppdragsgivarens prestationsförmåga

Förmedlaren är naturligtvis också gentemot motparten skyldig att ge de uppgifter om den andra avtalspartens solvens och pres-

¹⁹ Så även betr. advokats undersökningsplikt vid fastighetsköp *Vinding Kruse* 1976, 32 ff. (med exempel). — Se även *Utl. 2/1977 § 7*, där man skäliken inte ansågs kunna kräva, att förmedlaren borde granska att byggnadsinspektion m.m. förrättats då säljaren redan bott nio år i byggnaden.

²⁰ Se även t.ex. *Salminen* 1968, 10: vid förmedling av sommarvillor vid stränder bör förmedlaren särskilt undersöka vattnets renhet och i varje händelse fastställa, huruvida det förekommer nedsmutsande industri eller stora avlopp i närheten av det förmedlade området.

²¹ Jfr *Vinding Kruse* 1976, 37: en advokat som representerar köparen

tationsvillighet som han känner till — i den mån dessa uppgifter kan betraktas som relevanta för avtalsslutet.²²

Upplysningar av nyssnämnt slag syns vara av betydelse för motparten särskilt då han av en s.k. gründer köper aktier i ett nybildat bostadsaktiebolag. I ett sådant fall är det mycket väsentligt för köparen att känna till, huruvida och på vilket sätt gründern kan förväntas uppfylla de åtaganden han förbundit sig till i förhållande till bostadsaktiebolaget. Man kan också tänka sig att här ålägga förmedlaren en viss undersökningsplikt²³; missbruken på området var åtminstone tidigare — det s.k. RS-systemet har nu i någon utsträckning förbättrat köparens ställning — så vanliga, att förmedlaren inte utan vidare borde gå fri från ansvar om han utan någon kontroll av gründerns solvens och hederlighet utför det försäljningsuppdrag han erhållit av denne.²⁴ En person, som köper en aktielägenhet via en välrenommerad förmedlare, förväntar sig inte, att säljaren skall visa sig vara en uppenbart olämplig avtalspart.

12.2.3. Ersättningsskyldighetens omfattning

12.2.3.1. *Avtalet blir bestående*

Omfattningen av förmedlarens ersättningsskyldighet för felaktiga eller bristfälliga upplysningar måste uppenbarligen variera beroende på om köparen med hänvisning till dessa brister kan häva köpet eller inte. I det senare fallet kan man vidare skilja mellan två olika situationer:

av en icke-färdigbyggd egendom bör anskaffa utförliga och tillräckliga upplysningar om väg- och kloakbidrag.

²² Se även *Vinding Kruse* 1976, 35 f.: »Hvis det fremgår med bestemt-
hed af de tilvejebragte oplysninger at der foreligger *anteciperet misligholdelse fra sælgerens side*, bør advokaten nægte at gennemføre handelen samt tilkendegive køberen hans retsstilling».

²³ Se även *Becker* 1969, 10.

²⁴ Jfr kravet på kvalificerad god tro ovan s. 216.

(i) Förmedlarens försummelse kan inte tillräknas säljaren. Köparen kan härvid i regel inte häva avtalet med sin godtroende avtalspart,²⁵ då förmedlaren inte kan anses agera som fullmäktig för sin uppdragsgivare i föreliggande avseende. Förmedlaren är i detta fall skyldig att åt köparen erlagga ersättning för den skada köparen lidit genom att den avtalade prestationen inte motsvarat det han med skäl kunnat förvänta sig att erhålla.

(ii) Också säljaren ansvarar för de felaktiga eller bristfälliga upplysningarna, men felet kan betraktas som oväsentligt. I detta fall har köparen i regel blott rätt att kräva skadestånd eller prisnedsättning av säljaren. Om han erhållit fullt skadestånd eller kunnat göra tillräckligt avdrag från köpeskillingen bör han inte erhålla någon ytterligare ersättning av förmedlaren. Däremot syns man inte kunna kräva, att köparen alltid först borde söka erhålla skadestånd av säljaren; då såväl förmedlaren som säljaren förfarit klandervärt syns det vara riktigare att här analogt tillämpa den utomobligatoriska skadeståndsrättens regel om solidariskt ansvar för flera skadevällare (SkL 6: 2). Enligt detta skulle köparen, om han så önskar, kunna rikta sitt ersättningskrav mot förmedlaren redan innan han sökt få ut skadestånd av säljaren.

12.2.3.2. *Avtalet kan hävas*

Om felet kan tillräknas både säljaren och förmedlaren och om det därtill är så väsentligt, att köparen kan häva köpet, syns förmedlarens ansvar i regel omfatta det negativa kontraktsintresset.²⁶

²⁵ *Fehr* 1925, 95.

²⁶ Jfr även Utl. 4/1977 § 5: förmedlaren hade i försäljningsbroschyren angivit, att lägenhetens golv med vissa undantag var av marmor; omedelbart efter köpet hade det likväl framgått, att ca 40 m² av vardagsrummet hade betonggolv. Utskottet fann, att förmedlaren inte genom den falska uppgiften åsamkat köparen skada, då denne kunnat häva köpet, varför ersättning ur ansvarsförsäkringen inte skulle presteras. — Ersättning för det positiva avtalsintresset skulle m.a.o. inte erläggas.

Köparen skall försättas i den ekonomiska ställning han befunnit sig i, ifall förmedlaren redan före avtalsslutet givit honom de upplysningar han bort ge.²⁷ Köparen skall m.a.o. erhålla ersättning för de kostnader och utgifter han i onödan fått vidkännas i anledning av köpet; därtill kan han kräva ersättning t.ex. för den förlust han lidit genom att han underlåtit att ingå ett annat förmånligt avtal i tron att det sedermera hävda avtalet skulle bli bestående.

Ifall köparen helt eller delvis — t.ex. genom handpeng — redan hunnit presterat köpeskillingen, när avtalet hävs, är ett vidaregående ansvar för förmedlaren tänkbart. I denna situation kan man nämligen ställa frågan, huruvida förmedlaren bär något ansvar för att säljaren de facto återbetalar ifrågavarande belopp till köparen. Det syns naturligt att ålägga förmedlaren ett ansvar åtminstone för det belopp köparen inte lyckats få ut av säljaren, då köparens förlust här uppenbarligen kan betraktas som en adekvat följd av förmedlarens försummelse. Dock är det möjligt att man inte bör göra halt vid ett sådant subsidiärt ansvar för förmedlaren, utan att man med stöd av en analogi från SkL 6:2 kan göra honom solidariskt ansvarig för återbetalningen av köpeskillingen, givetvis med full regressrätt mot säljaren. Ett rättsfall rörande förmedling av lös egendom visar, att det åtminstone i fall, där förmedlarens försummelse antagit mer grov karaktär, inte kan betraktas som orealistiskt att förespråka en sådan regel:²⁸

²⁷ Brækhus 1947, 273.

²⁸ Se även *Vinding Kruse* 1976, 72 a. — Förmedlarens försummelser i fråga om upplysningsplikten kan stundom leda till att en anbudsgivare i förhållande till säljaren har rätt att återta sitt anbud; i ett sådant fall bör förmedlaren i analogi med det som sagts i texten bära ett ansvar för återbetalningen av handpengen. Se Utl. 9/1974 § 7, där handpengen ännu var i förmedlarens besittning. Jfr dock Utl. 4/1977 § 4, där anbudsgivaren p.g.a. vissa försummelser från säljarens (och förmedlarens) sida hade rätt att återta handpengen, som redan överstyrt till säljaren. Utskottet fann, att då anbudsgivaren hade möjlighet att inför rätta kräva åter handpengen av säljaren hade ingen slutgiltig skada uppkommit. Förmedlarens eventuella ansvar skulle m.a.o. vara subsidiärt.

HD 1945 II 92. A hade år 1942 genom förmedling av en bilförsäljare köpt en bil. Såväl i tidningsannonseringen som vid köpetillfället hade man försäkrat att bilen var i förstklassigt skick. Efter köpslutet hade det emellertid framgått, att bilen år 1939 hade skadats i en kollision, att den under tiden 9.10.1939—31.5.1940 varit i försvarets bruk, under vilken tid den använts vid fronten och svårt slitits och skadats, samt att den efter reparation hade försetts med ett gengasaggregat, som likväl hade avlägsnats, då bilen återigen reparerades år 1942. Köparen krävde att köpet skulle hävas samt att säljaren och förmedlaren skulle förpliktas att solidariskt återbetala köpeskillingen. RR förkastade talan, medan den bifölls i HovR och HD.

12.3. FÖRMEDLARENS ANSVAR FÖR JURIDISK RÅDGIVNING M.M.

12.3.1. Inledning

Förmedlaren är, som tidigare i flera sammanhang nämnts, skyldig att tillvarata vardera partens intressen. Han bär därför ett ansvar för juridisk rådgivning och avtalsutformning också gentemot motparten. Detta ansvar bör i princip bedömas på samma sätt som förmedlarens motsvarande ansvar gentemot uppdragsgivaren. De allmänna synpunkter rörande förmedlarens sakkunskap m.m. (fackmannaansvar), som anförts ovan i § 11.3.1., måste uppenbarligen kunna åberopas också i föreliggande sammanhang.

Också vissa av de mer konkreta exempel som berörts i § 11.3 syns äga aktualitet också här. Sålunda syns de synpunkter som tidigare anförts beträffande förmedlarens ansvar för avtalets giltighet *mutatis mutandis* kunna åberopas även i det fall att motparten lider skada av eventuell ogiltighet. Vad beträffar avtalets innehåll är det likaså skäl att åter betona, att förmedlaren vid avtalslutet bör »bevaka vardera partens intressen så, att ingendera utsätts för oskäligen eller mot god sed stridande villkor».²⁹

²⁹ FFmf:s moralkodex § 14. — Jfr betr. bostadsförmedling BFF § 10.1:

I det följande berörs vissa konkreta situationer i vilka förmedlaren kan bli ansvarig gentemot motparten p.g.a. försummad juridisk rådgivning.

12.3.2. Konkreta ansvarssituationer

12.3.2.1. Begränsningar i förvärvsrätten

Lagstadganden, genom vilka man uppställt begränsningar i olika rättssubjekts rätt att förvärva fast egendom m.m., syns kunna påkalla en viss handlingsskyldighet och härmed också ersättningsansvar för förmedlaren. Om förmedlaren känner till, att köparen är utlänning eller en i UtlFastL § 2 avsedd farlig finsk sammanlutning, bör han före avtalsslutet se till att köparen är medveten om skyldigheten att söka erforderligt tillstånd för förvärv av fast egendom enligt UtlFastL § 1.1. Om detta inte skett och köparen blir tvungen att avhända sig avtalsobjektet, måste förmedlaren i regel anses ersättningsskyldig för de kostnader köparen haft i anledning av avtalet.³⁰ Vid överlåtelse av fast egendom, för vilken tillstånd skall sökas enligt MarkförvärvsL § 2, bör förmedlaren under motsvarande förutsättningar anses skyldig att ersätta köparen hans kostnader för köpet.³¹

Vid överlåtelse av lokaliteter, som är avsedda för rörelse, kan man också stundom — i de fall där det är erforderligt — kräva, att förmedlaren undersöker, vilka möjligheter köparen har att erhålla näringstillstånd för bedrivande av den ifrågavarande rörelsen.³²

»Bostadsförmedlingsrörelse skall...i mån av möjlighet övervaka, att mot god sed i hyresförhållanden stridande eller eljest oskäligen villkor icke intagas i hyreskontrakt».

³⁰ Se även betr. advokatansvaret i dansk rätt *Vinding Kruse* 1976, 71.

³¹ Se även *Vinding Kruse* 1976, 71. — Ersättningsfrågor av detta slag syns däremot mindre aktuella då FörkL tillämpas: enligt FörkL § 15.1 är ju den inlösande kommunen skyldig att ersätta köparen också nödiga kostnader p.g.a. köpet.

³² Så *Frost* 1964, 64. Se även *Hiekkaranta* 1969, 195.

12.3.2.2. *Lagfart och inteckning*

Det förekommer i praxis, att förmedlaren bistår köparen med att söka lagfart, men detta är ingalunda alltid fallet. Ger förmedlaren köparen sådant bistånd ansvarar han naturligtvis på vanligt sätt för de misstag han begår i detta sammanhang.³³ Däremot syns man inte kunna uppställa någon generell skadeståndsgrundande skyldighet för förmedlaren att sköta om lagfarten. Praxis är inte fast på denna punkt och förmedlarens kund har knappast anledning att förvänta, att förmedlaren skall utföra en uppgift av detta slag, som har en ganska perifer anknytning till förmedlarens egentliga huvuduppgift, att få till stånd ett avtal. Eventuellt kan man dock förutsätta, att förmedlaren upplyser köparen om att lagfart bör sökas inom en bestämd tid samt om de negativa konsekvenser som underlåtenhet härvidlag kan medföra.³⁴ Särskilt ifall förmedlaren observerar eller borde observera, att motparten inte är medveten om lagfartsskyldigheten, syns man kunna ålägga honom en skadeståndsgrundande upplysningsplikt rörande ifrågavarande omständigheter.

Till överlåtelse av outbrutet område ansluter sig speciella rättsliga problem, som förmedlaren bör uppmärksamma. Sålunda framhåller man också från fastighetsförmedlarhåll, att förmedlaren innan köpet ingås bör anskaffa erforderliga skriftliga medgivanden från stamlägenhetens inteckningsborgenärer att det outbrutna området befrias från gravationerna. Likaså bör förmedlaren åtmins-

³³ Förmedlarnas ansvarsförsäkring syns däremot inte täcka skador av detta slag, se Utl. 3/1977 § 4: Förmedlaren hade åtagit sig att söka lagfart för ett under bildning varande bostadsaktiebolag. Handläggningen av ärendet hade uppskjutits, men förmedlaren hade glömt den nya handläggningsdagen, varför ansökan om lagfart hade förfallit. Då lagfart beviljades på grundval av en ny ansökan hade stämpelskatten förhöjts med 6 073 mk. Förmedlaren ansökte om ersättning för denna summa ur sin ansvarsförsäkring. Utskottet ansåg, att ansökan om lagfart inte utgjorde fastighetsförmedlingsverksamhet, varför skador i följd härav inte täcktes av ansvarsförsäkringen.

³⁴ Så även *Brækhus* 1947, 318.

tone klart framhålla för köparen betydelsen av att denne låter in-teckna sin utbrytningsrätt.³⁵ Gör sig förmedlaren skyldig till för-summelser i dessa avseenden med påföljd att det outbrutna området belastas av in-teckningar, som köparen inte avsett att överta, kan han uppenbarligen bli ersättningsskyldig.

12.3.2.3. Skatterättslig rådgivning

Också gentemot köparen kan förmedlaren ha en skyldighet att ge skatterättsliga råd. Sålunda bör han vid behov informera köparen om den stämpelskatt denne skall erlagga vid köpet samt om skattens storlek.³⁶ Frågan om verkan av att förmedlaren ger felaktiga upplysningar i detta avseende har berörts i ett utlåtande från FFmf:

Utl. 1/1977 § 4. I samband med försäljningen av legorätten till en tomt samt en byggnad på tomten hade förmedlaren för köparen uppgivit, att stämpelskatten utgjorde 1,2 % av köpeskillingen eller 3 840 mk och givit köparen en stämpelskattenota i enlighet härmed. Köparen blev likväl tvungen att betala stämpelskatt uppgående till 6 % av köpeskillingen eller 19 200 mk, varför köparen krävde att förmedlaren skulle ersätta honom skillnaden 15 360 mk. Utskottet fann att köparen inte hade åsamkats skada, då stämpelskatten var lagenlig och då det inte hade visats, att köparen tillfogats skada.

Utskottet pekar i sitt utlåtande på den svårighet som anknyter sig till skadeståndskrav av föreliggande slag: här kan det på samma sätt som i det fall att förmedlaren givit felaktig skatterådgivning åt säljaren vara problematiskt att visa, att det uppkommit en ersättningsgill förlust. I enlighet med vad som tidigare sagts om

³⁵ Se Vuorinen 1969, 4 f.

³⁶ Vid överlåtelse av aktier är förmedlaren enligt StämpelL § 85 skyldig att uppgöra stämpelskattenota.

förmedlarens ansvar mot säljaren ³⁷ måste man uppenbarligen också här ställa frågan, hur köparen skulle ha handlat, om han erhållit korrekt information om skatten. Om köparen hade köpt avtalsobjektet också om han varit medveten om skattens storlek, har han inte lidit någon skada av att den fastställs till lagstadgat belopp. Kan han däremot bevisa — eller åtminstone göra sannolikt — att han inte hade företagit köpet med kännedom om det rätta sakförhållandet, är det uppenbart, att han p.g.a. förmedlarens felaktiga uppgift lidit någon skada, som kan krävas ersatt.

12.4. FÖRMEDLARENS ANSVAR GENTEMOT SPEKULANT ³⁸

Avtal om överlåtelse av avtalsobjektet kommer normalt till stånd först genom att säljaren accepterar en spekulants anbud. Detta gäller också i de fall då förmedlaren mottagit handpeng för avtalsobjektet. I de formulär för handpengsavtal, som används av fastighetsförmedlarna, brukar man i regel ange, att handpengsavtalet uppkommer först då säljaren godtagit anbudet.³⁹ Förmedlarna mottar m.a.o. handpengen villkorligt. Anbudsgivaren ges ingen rätt att förutsätta att avtal kommer till stånd och han kan därför i regel inte heller kräva någon ersättning av förmedlaren enbart på den grund att avtalet uteblir.⁴⁰ Likväl kan man i vissa situationer tänka sig ett skadeståndsansvar gentemot en spekulant som givit anbud och eventuellt också handpeng för avtalsobjektet.

Som tidigare nämnts, får förmedlaren inte heller i förhållande till den presumtiva motparten motverka avtals tillkomst. En förmedlare, som för uppdragsgivaren hemlighåller ett anbud han mottagit och därigenom förhindrar avtals tillkomst kan bli ersättnings-skyldig härför gentemot anbudsgivaren.⁴¹ En förutsättning är likväl

³⁷ Se ovan s. 209 f.

³⁸ Se även ovan denna paragraf not 28 samt nedan s. 241.

³⁹ Så t.ex. FFmf:s formulär för köpanbud/handpengsavtal.

⁴⁰ Se även *Erme* 1977, C/87 f.

⁴¹ Så uppenbarligen även *Fehr* 1925, 98.

att denne kan göra sannolikt, att uppdragsgivaren skulle ha ingått avtalet, ifall han erhållit anbudet; om så inte skulle ha skett, har anbudsgivaren inte lidit någon skada av att förmedlaren hemlighållit anbudet. Om förmedlaren t.ex. har erhållit flera anbud och endast presenterat det förmånligaste för uppdragsgivaren, syns de övriga anbudsgivarna i regel inte kunna göra gällande något krav på ersättning av förmedlaren på den grund att denne inte överstyrt deras anbud till uppdragsgivaren.

Om ett anbud inte accepteras är förmedlaren skyldig att underätta anbudsgivaren härom. Om denne vållas skada av förmedlarens eventuella dröjsmål härvidlag, bör förmedlaren ersätta skadan, såvida han inte förmår exculpera sig.⁴² Om anbud förkastas syns det därtill vara allmän praxis att förmedlaren reserverar anbudsgivaren en möjlighet att komma med ett nytt anbud, innan handpeng mottas av någon annan. Brott mot denna kutym kan tänkas medföra ersättningsansvar för förmedlaren.

Särskilt ifall förmedlaren gjort något slags utfästelse gentemot spekulanten t.ex. att prioritera dennes anbud, meddela honom om nya anbud etc. ligger det nära till hands att ålägga förmedlaren ersättningsansvar vid brott mot utfästelsen. I detta sammanhang kan också nämnas ett utlåtande från FFmf:

Utl. 3/1975 § 13. Säljaren av en tomt hade accepterat en spekulants anbud. Förmedlarens representant hade 24. 2. 1975 meddelat härom åt spekulantens hustru och med denna avtalat om att handpengen skulle erläggas i förmedlarens byrå 25. 2. 1975 kl. 12.15. Då hustrun vid avtalad tidpunkt kom för att avlämna handpengen, framgick det likväl, att en funktionär på förmedlarens byrå, som var medveten om, att den nämnda spekulantens hustru skulle hämta handpengen, litet tidigare hade mottagit handpeng för tomtens av en

⁴² Jfr dock Utl. 9/1974 § 8, där utskottet fann, att förmedlaren förfarit vårdslöst då han inte utan dröjsmål givit anbudsgivaren meddelande om att säljaren inte godtagit anbudet. Denna vårdslöshet ansågs likväl inte så grov, att den borde leda till ersättningsskyldighet. — Utskottet anger dock inte någon grund, varför man kunde utesluta ansvar för förmedlaren vid lindrig vårdslöshet.

annan person, som hade erbjudit sig att betala ett högre pris. Av denna anledning tog man inte emot den tidigare nämnda handpengen. Utskottet fann, att spekulanten hade gjort ett godtagat anbud, varför och då det var fråga om ett rättsförhållande mellan spekulanten och förmedlaren, den sistnämnde borde ha givit spekulanten en möjlighet att inom skälig tid, innan den avtalade tiden för givande av handpeng utlöp, ge ett nytt anbud. Då detta inte skett ansågs förmedlaren ha förfarit i strid med god fastighetsförmedlarsed.

I undantagsfall kan man tänka sig att ålägga förmedlaren ett ansvar för att uppdragsgivaren godtar ett anbud. Om förmedlaren försäkrat anbudsgivaren, att säljaren kommer att acceptera anbudet, och anbudsgivaren i tillit härtill företagit åtgärder, som blivit onyttiga p.g.a. att anbudet inte antagits, syns det sålunda möjligt att låta förmedlaren bära denna skada.⁴³

⁴³ Jfr dock Utl. 1/1976 § 4 (5/1975 § 7).

§ 13. FÖRMEDLARENS TYSTNADSPLIKT

13.1. INLEDNING

Vid sidan av de mer kontraktsrätligt präglade förpliktelser, som behandlats ovan, har förmedlaren gentemot sina kunder också andra skyldigheter, vilka inte är avhängiga av förekomsten av något uppdrag. Den viktigaste av dessa skyldigheter är förmodligen förmedlarens tystnadsplikt.¹ En bestämmelse härom har intagits i FFF § 21.3:²

»Förmedlaren och hans anställda må icke yppa, vad de i affärsverksamheten erfarit om klienternas angelägenheter, med mindre det är nödvändigt för uppdragets behöriga utförande eller annat stadgas i denna förordning eller annorstädes i lag.»

Också i FFmf:s moralkodex inskräpper man, att »mäklaren och hans anställda måste minnas, att de inte avslöjar sådant som de i sin affärsverksamhet fått kännedom om från klienternas sida» (§ 16).

¹ Också andra sådana förpliktelser, som riktar sig mot en mer obestämd krets av subjekt, är tänkbara. I FFFörs § 9.3 ingår en regel, enligt vilken en representant för förmedlare, som erhållit s.k. representantkort, vid arbetsförhållandets upphörande bör återställa kortet till sin arbetsgivare, som har att utan dröjsmål vidarebefordra det till polisdistriktets chef. Försummar förmedlaren den sistnämnda förpliktelsen och kommer kortet på avvägar, kunde han väl tänkas bli ersättningsansvarig gentemot den som lider skada p.g.a. att någon missbrukar kortet.

² Samma regel ingår i FFFörs § 25.3.

Regler om tystnadsplikt har stiftats också för vissa andra yrkesutövare, vilkas verksamhet i olika avseenden påminner om förmedlarens. Sålunda har man i den enda utförliga lagen på mellanmansrättens område, HRL, uttryckligen fastställt, att handelsrepresentant inte får »under representationsavtalets giltighetstid och ej heller därefter utnyttja eller för annan yppa huvudmannens affärs- och yrkeshemligheter, vilka anförtrotts honom eller vilka på annat sätt kommit till hans kännedom, såframt han genom ett dylikt förfarande skulle handla i strid med gott affärsskick» (§ 7 samt § 28). Advokats tystnadsplikt har åter reglerats genom SL 38:3.1 samt genom Finlands Advokatförbunds vägledande regler om god advokatsed av den 9. juni 1972 § 19. De synpunkter, som framställts angående omfattningen av de nyssnämnda yrkesgruppernas tystnadsplikt, bör naturligtvis beaktas vid diskussionen om förmedlarens motsvarande förpliktelse.

Förmedlarens tystnadsplikt gäller till förmån för såväl uppdragsgivare som motpart. Vidare omfattar den också omständigheter, som en presumtiv klient anförtrott honom vid förhandlingar om ett eventuellt uppdrag, även om ett sådant uppdrag sedermera aldrig ges eller om förmedlaren vägrar motta uppdraget.³ Också andra kunder, som riktar sig med förfrågningar o.a. hänvänelser till förmedlaren, är i princip skyddade av dennes tystnadsplikt. Kretsen av personer, vilka kan ställa ett ersättningskrav gentemot förmedlaren p.g.a. brott mot tystnadsplikten är m.a.o. mer omfattande än vid de mer kontraktsrättsligt betonade förpliktelserna.

Tystnadsplikten är också tidsmässigt mer utsträckt: det är självklart, att tystnadsplikten fortfar att gälla även efter det själva uppdraget slutförts och övriga förpliktelser uppfyllts.⁴

³ Så betr. motsvarande regel i norsk rätt *Brækhus* 1947, 266 samt betr. advokater *Hertzberg* 1963, 285 och *Ylänkö* 1973, 107.

⁴ Så även HRL § 7, *Kom.miet.* 1971: A 31, 59, *Kom.miet.* 1973: 47, 12 och *Telaranta* 1977, 63 samt *Ylänkö* 1973, 107.

13.2. TYSTNADSPLIKTENS OMFATTNING

13.2.1. Vilka uppgifter omfattas av tystnadsplikten?

I FFF § 21.3 påbjuder man förmedlaren tystnadsplikt beträffande »klienternas angelägenheter» utan att ange några sakliga begränsningar. Detta innebär, att förmedlarens tystnadsplikt bör anses omfatta såväl de uppgifter om kundens ekonomi som den eventuella kännedom om kundens familje- och andra personliga förhållanden som förmedlaren erfarit i sin affärsverksamhet.⁵ Avtalsparts motiv för försäljningen eller köpet av avtalsobjektet kan likaledes vara av den arten att de bör omfattas av tystnadsplikten.⁶ Tystnadsplikten omfattar inte blott omständigheter, som kan betraktas som negativa för kunden; denne kan mycket väl ha ett intresse av att också positiva fakta, såsom ett större arv eller en lotterivinst, hemlighålls.⁷

Tystnadsplikten rörande de nämnda omständigheterna uppkommer direkt med stöd av FFF. Det utgör m.a.o. inte någon nödvändig förutsättning för tystnadsplikten att ifrågavarande kund uttryckligen krävt, att någon uppgift skall hemlighållas.⁸

Tystnadsplikten omfattar de uppgifter som förmedlaren eller hans anställda »i affärsverksamheten erfarit». Detta betyder å ena sidan, att tystnadsplikten omfattar inte blott uppgifter som ifrågavarande kund anförtrott förmedlaren utan även upplysningar om kunden som förmedlaren eller hans anställda själv kommit över i samband med sin verksamhet.⁹ Å andra sidan berörs omständigheter som förmedlaren såsom privatperson ägt kännedom om redan innan han erhållit det ifrågavarande uppdraget eller innan han inom ramen för sin verksamhet kommit i kontakt med den ifrå-

⁵ Så t.ex. *Hiekkaranta* 1969, 226 samt *Brækhus* 1947, 265.

⁶ *Brækhus* 1947, 265.

⁷ Exemplen är hämtade från *Ylänkö* 1973, 98 f.

⁸ Så även betr. advokater *Ylänkö* 1973, 100.

⁹ Så även betr. advokater *Salmiala* 1950, 421 och *Tirkkonen* 1952, 14. Jfr dock *Hertzberg* 1963, 293.

gavarande kunden inte av regeln i FFF § 21.3.¹⁰ Om omständigheten i fråga är allmänt känd, bör den knappast heller omfattas av tystnadsplikten, oberoende av, hur förmedlaren fått kännedom om den.¹¹ Det är uppenbart, att bevisbördan för, att förmedlaren erhållit kännedom om en omständighet såsom privatperson eller att omständigheten varit allmänt känd, måste åläggas förmedlaren.

13.2.2. Begränsningar i tystnadsplikten

Förmedlarens skyldighet att hemlighålla de uppgifter han erfarit om sin kund gäller i full utsträckning blott i förhållande till utomstående tredje män. Däremot är förmedlaren inte skyldig och har inte ens rätt att förtiga alla omständigheter av ovannämnd art för respektive parter i det avtal som han förmedlar. Utan hinder av den principiella tystnadsplikten har förmedlaren enligt FFF § 21.3 rätt att yppa det som »är nödvändigt för uppdragets behöriga utförande». Redan tidigare har framgått, att förmedlaren kan anses skyldig att för uppdragsgivaren ge till känna de för avtalsslutet relevanta uppgifter om motpartens betalningsförmåga som han erfarit; en uppfyllelse av denna skyldighet kan inte innebära något brott mot tystnadsplikten gentemot motparten.¹² Förmedlarens skyldighet att ge uppgifter av olika slag riktar sig dock, som tidigare framgått, inte blott mot uppdragsgivaren; han är gentemot båda parterna förpliktad att ge dem »alla de uppgifter som vid köpets avslutande kunna inverka på deras avgöranden» (FFF § 21.1).¹³ I motsvarande mån måste naturligtvis tystnadsplikten vara begrän-

¹⁰ *Hiekkaranta* 1969, 226.

¹¹ Se *Frost* 1964, 60. Se även betr. advokater *Salmiala* 1950; 419 f., som framhåller att en omständighet, som framgår av ett offentligt register, kan betraktas som allmänt känd, medan en handling, som inte fyller detta offentliga syfte, inte kan anses innehålla allmänt kända omständigheter, även om vem som helst kan stifta bekantskap med den t.ex. genom att beställa avskrift av den.

¹² Så även *Brækhus* 1947, 268 och *Frost* 1964, 60.

¹³ FFFFörsI § 25.1.

sad i förhållande till respektive part. Det är emellertid här skäl att betona, att tystnadsplikten i förhållande till avtalsparterna är begränsad blott beträffande omständigheter som kan förutsättas vara av betydelse med hänsyn till deras beslutsfattande. Förmedlaren får sålunda i regel inte för motparten yppa t.ex. vad han erfarit om uppdragsgivarens familjeförhållanden. Uppgifter om avtalsparts motiv för att ingå avtalet kan också vara av den karaktären att det inte alltid kan anses nödvändigt att de yppas för den andra avtalsparten.¹⁴

Förmedlarens tystnadsplikt bryts också av andra bestämmelser i FFF — t.ex. FFF § 28.3, enligt vilket stadgande förmedlaren är skyldig att till tillsynsmyndigheten lämna för tillsynen nödiga uppgifter.¹⁵ Vidare kan tystnadsplikten begränsas genom bestämmelser »annorstädes i lag». Som sådana begränsningar kan nämnas bestämmelsen i SL 16:19, som ålägger den som vet vissa allvarliga brott »å färde vara» att så länge brottet kan förekommas underrätta myndighet eller den som hotas av brottet härom, samt regeln om skyldighet att avge vittnesmål i RB 17:20. Något undantag från vittnesplikten motsvarande det som i RB 17:23 stadgats t.ex. för ombud och rättegångsbiträde, har nämligen inte uppställts för fastighetsförmedlarnas del.¹⁶ Förmedlarnas tystnadsplikt kan därför

¹⁴ Se *Hiekkaranta* 1969, 227 samt även exemplet hos *Frost* 1964, 60.

¹⁵ Se även *Erme* 1978, B/39. — Samma regel ingår i FFFörs. § 31.3.

¹⁶ Se även *Erme* 1978, B/39. — Det kan likväl inte betraktas som utslutet att förmedlare stundom kan omfattas av regeln i RB 17:23 p. 4. Sålunda framhåller t.ex. *Tirkkonen* 1949, 124, att regeln bör omfatta även sådan person som verkat som annans juridiska rådgivare, utan att uppdragsgivaren skulle ha ombett honom att verka som rättegångsbiträde. Även *Hertzberg* 1963, 288 f. anser, att redan den som anlitas för juridisk konsultation bör omfattas av det nämnda stadgandet. Han påpekar dock att gränslinjen mellan juridisk och ekonomisk konsultation är flytande, varför »det är näranog ogörligt att genom en markerad gränsdragning utmärka de personer, vilka skall anses vara underkastade tystnadsplikt»; avgörandet måste bero av prövning in casu. *Salmiala* 1950, 425 f. anser däremot att regeln i RB 17:23 p. 4 bör tillämpas blott på ombud och rättegångsbiträde.

inte anses ge dem rätt att undandra sig vittnesmål beträffande frågor som omfattas av tystnadsplikten.

Om vederbörande kund ger förmedlaren tillåtelse att yppa någon omständighet, kan detta naturligtvis ske utan hinder av regeln i FFF § 21.3.¹⁷

13.3. ERSÄTTNINGANSVARET

Förmedlaren är skyldig att ersätta den skada hans kund lidit genom att han eller någon av hans anställda yppat en omständighet som bort hemlighållas. Vidare kan han bli ersättningsskyldig också på den grund, att han eller hans anställda behandlat »hemlig» information så slarvigt, att utomstående kunnat ta del därav.¹⁸ Tystnadsplikten förutsätter att förmedlaren behandlar konfidentiella uppgifter på ett med hänsyn till omständigheterna tillräckligt omsorgsfullt sätt.

Förmedlarens ansvar omfattar dels den ekonomiska skada hans kund lidit p.g.a. brottet mot tystnadsplikten¹⁹ och dels det immateriella lidande brottet förorsakat kunden. Frågan, i vilka fall ideellt skadestånd kan utkrävas inom kontraktsförhållanden är visserligen omstridd; det föreliggande fallet, där den aktuella för-

¹⁷ Se även Ylänkö 1973, 103.

¹⁸ Så även betr. handelsrepresentanter *Kom.miet. 1971: A 31*, 59 f. och *Telaranta* 1977, 65.

¹⁹ Skadan är i regel s.k. allmän förmögenhetsskada (ekonomisk skada som icke står i samband med person- eller sakskada). Sådan skada är inom den utomkontraktuella skadeståndsrätten ersättningsgill blott om den »förorsakats genom straffbelagd handling eller vid myndighetsutövning eller om det i andra fall föreligger synnerligen vägande skäl» (SkL 5:1). Då förmedlarens brott mot tystnadsplikten omfattas av straffbestämmelsen i FFF § 35.2 (FFFörsL § 39.2) kan ekonomisk skada till följd av ett sådant brott uppenbarligen betraktas som ersättningsgill oberoende av om man föredrar att betona de utomkontraktuella eller de kvasikontraktuella dragen i förmedlarens förhållande till andra kunder än uppdragsgivaren och motparten.

pliktelsen är tämligen fristående från de underliggande kontraktuella eller kvasikontraktuella relationerna och där förpliktelsen vidare ger uttryck för ett speciellt förtroendeförhållande mellan förmedlaren och hans kund,²⁰ syns dock i varje händelse vara av sådan karaktär, att ideellt skadestånd kan komma i fråga.

²⁰ Jfr *Taxell* 1972, 400: ifall ett avtal innebär ett utpräglat förtroendeförhållande mellan parterna utgör detta ett skäl för att ideellt skadestånd skall presteras vid brott mot avtalet.

IV

UTBLICK

§ 14. ÖVERVAKNING AV UPPDRAGS- FORMULÄRENS INNEHÅLL

14.1. ÖVERVAKNINGSMYNDIGHETERNA

14.1.1. Konsumentskyddsmyndigheterna

Som tidigare anförts, kan konsumentskyddslagstiftningen tillämpas på förhållandet mellan fastighetsförmedlare och uppdragsgivare. Stadgandena om reglering av avtalsvillkor i KSL kap. 3, vilka ger KO och MD möjlighet att ingripa mot näringsidkares avtalsvillkor, kan sålunda utnyttjas också för en övervakning av fastighetsförmedlarnas uppdragsformulär.

Konsumentskyddsmyndigheterna kan i princip ingripa blott mot uppdragsformulär, som utnyttjas i förhållande till konsumenter.¹ I dagens läge syns denna begränsning av myndigheternas kompetens likväl inte vara av nämnvärd betydelse på fastighetsförmedlingens område. Inom branschen begagnar man i regel samma standardiserade uppdragsformulär i förhållande såväl till konsumenter som till näringsidkare, varför det stora flertalet sådana formulär kan bli föremål för åtgärder från konsumentskyddsmyndigheternas sida. Ingenting hindrar dock förmedlarna från att använda särskilda formulär då kunden är näringsidkare; dessa formulär skulle då inte beröras av KSL.

Konsumentskyddsmyndigheternas övervakning av avtalspraxis skall huvudsakligen ske i efterhand. KO skall ingripa, ifall det förekommer olämpliga villkor i sådana avtalsformulär, som redan är i användning. Målet för verksamheten är att tillse, att näringsidkare inte använder avtalsvillkor, »som med beaktande av priset för kon-

¹ Se ovan § 3.2.2.

sumtionsnyttighet och av övriga på saken verkande omständigheter bör anses som oskäligt mot konsumenterna» (KSL 3: 1).

14.1.2. Fastighetsförmedlarnämnden

I FFFörsl vill man ge också fastighetsförmedlarnämnden möjlighet att påverka innehållet i förmedlarnas uppdragsformulär. Enligt FFFörsl § 16.1 p. 2 skulle nämnden granska och godkänna de viktigaste avtalsformulären och -blanketterna som begagnas på området; som exempel på sådana nämns i motiven uppdragsavtal, handpengskvitto och disponentintyg.² Befogenheten skulle omfatta alla uppdragsformulär utan hänsyn till om de används i förhållande till näringsidkare eller konsumenter.

Fastighetsförmedlarnämndens kontroll av uppdragsformulären skulle enligt förslaget äga rum i ett annat skede än den övervakning som utövas av konsumentskyddsmyndigheterna. Fastighetsförmedlarnämnden skulle nämligen företa en förhandskontroll³ av uppdragsformulären. Formulären skulle granskas och godkännas av nämnden redan innan de tas i bruk. Om förmedlaren skulle bryta mot skyldigheten att underställa formulären nämndens granskning skulle man uppenbarligen mot honom kunna utnyttja de allmänna sanktionerna i FFF, d.v.s. böter, varning, viss tids förbud eller återkallande av näringstillstånd.

Fastighetsförmedlarnämndens granskning skulle bygga på likartade målsättningar som konsumentskyddsmyndigheternas verksamhet. I motiven till FFFörsl framhåller man, att målet för nämndens handlande inte skulle vara att få till stånd helt enhetliga standardformulär inom branschen; man skulle blott granska, att formulären fyller kraven i FFF och att de inte innehåller villkor, som är oskäliga gentemot konsumenter, köpare eller säljare.⁴

² Muistio 1978, 48.

³ Se Muistio 1978, 48: »lautakunta hyväksyy kaavakkeen tai lomakkeen käytettäväksi».

⁴ Muistio 1978, 48.

14.1.3. Förhållandet mellan myndigheterna

Om förslaget att ge fastighetsförmedlarnämnden granskningsbefogenheter förverkligas, uppstår spørgsmålet om förhållandet mellan nämndens och konsumentskyddsmyndigheternas verksamhet. Då syftemålet med den styrning av uppdragsvillkoren de båda myndigheterna avses utöva mer eller mindre sammanfaller, ligger det nära till hands att fråga, i vilken utsträckning beslut av den ena myndigheten bör anses bindande för den andra. Främst aktualiseras härvid spørgsmålet, huruvida KO kan ingripa mot och MD förbjuda användningen av ett villkor i ett uppdragsformulär som fastighetsförmedlarnämnden godkänt. Borde ett godkännande av nämnden betraktas som ett så auktoritativt konstaterande av formulärets skälighet att konsumentskyddsmyndigheterna härefter inte borde kunna ingripa mot användningen av formuläret?

Argument kan anföras både för ett jakande och för ett nekande svar på den nyssnämnda frågan. För lösningen att tillerkänna fastighetsförmedlarnämndens godkännande en avgörande vikt talar nämndens sakkunskap på det ifrågavarande området, vilken kan sägas göra nämnden mer kompetent att bedöma uppdragsformulärens skälighet än konsumentskyddsmyndigheterna. Mot detta kan man å andra sidan invända, att de sistnämnda myndigheterna innehar större expertis beträffande allmänna konsumentskyddsfrågor och att de är de enda som kan koordinera konsumentskyddets nivå inom olika branscher. Ifall konsumentskyddsmyndigheterna noterar en eftersläpning på fastighetsförmedlingens område, borde de därför ha rätt att ingripa utan hänsyn till fastighetsförmedlarnämndens godkännande av ifrågavarande formulär. Så länge man inte i KSL infört något undantag för fastighetsförmedlingens del måste den sistnämnda lösningen också anses vara bättre grundad. Genom att i förordningsväg införa en myndighetsövervakning på ett visst område kan man inte dra undan detta område från de allmänna konsumentskyddsmyndigheternas kontroll. En annan sak är, att ett godkännande av fastighetsförmedlarnämnden uppenbarligen måste äga ett visst argumentvärde till näringsidkarens förmån, då KO och

MD prövar skäligheten hos ett villkor. KO af *Schultén* har också betonat vikten av, att specialmyndigheter, som givits rätt att på förhand fastställa innehållet i avtalsformulär på något område, för förhandlingar om saken med KO, för att man skall kunna förhindra, att de villkor som fastställs till någon del står i strid med KSL.⁵

14.2. SYNPUNKTER PÅ SKÄLIGHETSBEDÖMNINGEN

14.2.1. Klausuler om ersättningsskyldighet

Av KSL kap. 3 framgår, att konsumentskyddsmyndigheternas övervakning av avtalsvillkor är till sin natur negativ: man skall förhindra, att oskäligen avtalsvillkor kommer till användning. Däremot kan myndigheterna i princip inte kräva, att ett villkor rörande en bestämd fråga eller av ett visst innehåll intas i formulären. Beträffande fastighetsförmedlarnämnden syns åter de ovan refererade motivuttalandena ge vid handen, att man också här avsett att åstadkomma en övervakning av negativ typ. Ingenting syns dock hindra, att nämnden går in för en mer positiv påverkan av uppdragsformulärens innehåll.

Som tidigare framgått, brukar man inte i uppdragsavtalen inta några klausuler om förmedlarens skadeståndsansvar. Denna problematik skulle därför huvudsakligen vara undandragen övervakningsmyndigheternas kontroll. I den mån fastighetsförmedlarnämnden åtar sig en mer positiv roll kunde man dock tänka sig ingrepp även i detta avseende. Med hänsyn till den vaghet och osäkerhet som vidlåder ersättningsreglerna på området skulle det också vara helt befogat att eftersträva avtalsmässiga preciseringar av förmedlarens ersättningsrättsliga position.

14.2.2. Klausuler om förmedlingsprovisionen

Bestämmelserna i uppdragsavtalen är koncentrerade kring frågan om förmedlarens rätt till provision. Denna problematik måste

⁵ *Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala* 1978, 107.

därför bli det centrala objektet för övervakningsmyndigheternas verksamhet på fastighetsförmedlingens område. I det följande anföras några synpunkter på de överväganden som blir aktuella vid bedömningen av uppdragsformulären i detta avseende.⁶

I motiven till KSL omtalas en av utgångspunkterna för skälighetsbedömningen på följande sätt:

»Villkoren i standardavtal syftar vanligtvis till att dels precisera och dels förändra parternas rättigheter och skyldigheter i jämförelse med dispositiva rättsregler. Sålunda måste myndigheterna vid lagtillämpningen ta dessa dispositiva stadganden till en av utgångspunkterna för sina bedömningar. Huvudregeln skulle vara, att sådana avtalsvillkor enligt förslaget skulle anses oskäligen, vilka till nackdel för konsumenten åsidosätter handelsrättens dispositiva normer. Med beaktande av bakgrunden till dessa rättsregler, kan en jämkning av avtalsvillkor leda till ett för konsumenterna fördelaktigare resultat än vad dessa dispositiva stadganden förutsätter.»⁷

Vid skälighetsbedömningen enligt KSL utgör de dispositiva reglerna en jämförelsegrund. De får dock inte betraktas som något helt avgörande kriterium; värderingen av ett villkors skälighet skall alltid ske såsom en helhetsbedömning, varvid också avtalets övriga villkor beaktas.⁸ Samtidigt skall man också beakta särdragen inom den bransch, där villkoret används: dessa kan tala för ett godkännande av ett villkor, som inom en annan bransch skulle

⁶ I formulären brukar man lämna frågan om provisionens storlek öppen att ifyllas in casu. Detta hindrar dock i princip inte övervakningsmyndigheterna att ingripa också mot oskäligen provisioner. I *Muistio 1978*, 50 f. framhåller man också, att fastighetsförmedlarnämnden i sin granskningsverksamhet kunde fästa avseende bl.a. vid förmedlingsprovisionens skälighet samt vid förekomsten av s.k. överprisavtal, se betr. dessa ovan s. 58.

⁷ *Reg. prop. 8/1977*, 35. Så även *LJP 12/1974*, 138.

⁸ *Kivivuori—af Schultén—Sevón—Tala 1978*, 105 ff., *af Schultén 1978*, 85 f. och *Kemppinen 1978*, 3: 1.

anses vara oskäligt.⁹ Härigenom kommer syftet med avvikelserna från den dispositiva rätten att erhålla relevans vid skälighetsbedömningen.

Tidigare har framkommit, att man i fastighetsförmedlarpraxis begagnar ett flertal klausuler, som avviker från den dispositiva mäklarrättens regler. Från alla de grundläggande principer rörande rätten till mäklarprovision, som man uppställt i mäklarrättslig teori och praxis, gör man i uppdragsformulären mer eller mindre genomgripande avsteg. Sålunda har principen om avtal som förutsättning för provision ersatts med en regel om skyldighet att betala provision redan om ett godtagbart anbud anskaffas; provision kan dessutom uttas ur handpeng och ersättning för kostnader erhållas även om avtal inte kommit till stånd. I avtalspraxis har man vidare i strid med den dispositiva rätten infört ensamrätt för förmedlaren, begränsat uppdragsgivarens möjligheter att med omedelbar verkan återkalla uppdraget samt givit förmedlaren rätt till provision för vissa avtal som ingåtts efter uppdragstidens utgång.

Det framgår av det som ovan sagts om skälighetsbedömningen att de nyssnämnda klausulerna inte kan betraktas som oskäliga vid fastighetsförmedling *enbart* på den grund att de står i strid med dispositiv mäklarrätt. Sålunda kan t.ex. klausulen om rätt till kostnadsersättning knappast angripas såsom oskälig, då man i FFF § 24.2¹⁰ uttryckligen givit förmedlarna rätt att begagna sådana klausuler. Åtminstone vissa av de ovannämnda klausulerna syns dock vara i behov av modifikation; i det följande skall anföras några exempel på ingrepp som ter sig önskvärda mot bakgrund av den tidigare framställningen.

(i) Uppdragsgivarens frihet att vägra ingå avtal har betraktats som en central regel inom mäklarrätten, som kan motiveras med flera skäl.¹¹ Klausulen om skyldighet att betala provision vid

⁹ Reg. prop. 8/1977, 35, LJP 12/1974, 138.

¹⁰ FFFörs. § 27.2.

¹¹ Se ovan s. 85.

vägran att acceptera anbud, genom vilken man vill inskränka denna frihet, har därför redan tidigare betecknats som ett tänkbart objekt för jämkning.¹² Det kan också ifrågasättas, huruvida övervakningsmyndigheterna överhuvudtaget borde godkänna en klausul av detta slag. För en användning av klausulen talar framför allt hänsynen till förmedlarens intresse att inte bli tvungen att på uppdraget nedlägga arbete och kostnader, vilka p.g.a. uppdragsgivarens ensidiga viljeförklaring skulle bli oersatta. Vad kostnaderna beträffar syns emellertid redan den allmänt begagnade klausulen om kostnadsersättning bereda förmedlaren ett tillräckligt skydd. Något tillräckligt starkt skäl för en avvikelse från den dispositiva rätten syns därför hänsynen till förmedlarens intressen inte erbjuda, särskilt om man ytterligare beaktar det faktum, att uppdragsgivarna i regel avser att betala provisionen ur den köpeskilling de erhåller; ifall avtal inte kommer till stånd blir det i sådana fall ofta mycket betungande för uppdragsgivaren att erlægga provisionen i sin helhet. På dessa grunder syns man kunna hävda, att den föreliggande klausulen borde elimineras såsom stridande mot KSL 3:1; om man inte vill gå så långt, borde man i varje händelse söka begränsa klausulens innehåll så, att en uppdragsgivare, som med godtagbart skäl vägrar acceptera ett anbud, *expressis verbis* inte skulle vara skyldig att utge någon provision, medan han om sådant skäl saknas blott skulle ha att prestera skälig ersättning för förmedlarens kostnader och arbete på uppdraget.

(ii) Klausulerna om rätt att utta provision ur handpeng kan knappast genomgående betraktas som oskäligen, trots att de inte överensstämmer med dispositiv rätt. Man borde dock sträva att förhindra klausuler, genom vilka man ger förmedlaren rätt att behålla handpengen i dess helhet och därigenom fråntar uppdragsgivaren möjligheten att erhålla ersättning för den skada han lidit i anledning av att avtal uteblivit.¹³ Klausuler, som föreskriver en

¹² Se ovan § 6.3.2.

¹³ Jfr ovan s. 116.

delning av handpengen mellan uppdragsgivare och förmedlare, innebär en mer skälig avvägning av dessa parterers intressen.¹⁴

(iii) Också förmedlarens ensamrätt strider i så hög grad mot grundprinciperna i den dispositiva mäklarrätten, att man bör kräva starka skäl för att godta denna avvikelse. Förmedlarens intressen skulle uppenbarligen vara fullt tillgodosedda redan genom en klausul, enligt vilken en förmedlare, som bevisligen inte medverkat till avtalets tillkomst, men enligt uppdrag arbetat på försäljningen av avtalsobjektet, skulle ha rätt till skälig ersättning för det arbete och de kostnader han nedlagt på uppdraget fram till den tidpunkt då han erhöll meddelande om att avtalsobjektet överlåtits på annat sätt.¹⁵

(iv) I överensstämmelse med de nyssnämnda synpunkterna kunde det också te sig skäligt att eftersträva en reglering av uppdragets giltighetstid, enligt vilken uppdragsgivaren expressis verbis alltid skulle ha rätt att med omedelbar verkan återkalla uppdraget mot att han ersätter förmedlaren de kostnader och det arbete denne nedlagt på uppdraget, då återkallelsen ägde rum. En sådan reglering skulle stå i överensstämmelse med de synpunkter rörande återkallelse av uppdrag som tidigare anförts.¹⁶

(v) Tidigare har nämnts, att de klausuler om förlängning av uppdragstiden som allmänt används förefaller stå i strid med formregeln i FFF § 16.¹⁷ Samma bedömning har också gjorts beträffande vissa klausuler om provision för avtal efter uppdragstiden.¹⁸ Det är givet, att övervakningsmyndigheterna bör tillse, att man på denna punkt tar i bruk klart rättsenliga klausuler.¹⁹

¹⁴ I *Muistio* 1978, 50 f. framhåller man också, att fastighetsförmedlarnämnden vid granskningen av uppdragsformulären borde fästa avseende vid delningen av handpengen, om köp inte kommer till stånd.

¹⁵ Jfr ovan § 7.2.3.

¹⁶ Se ovan § 7.3.2.4.

¹⁷ Se ovan § 7.3.2.2.

¹⁸ Se ovan § 7.3.3.3.

¹⁹ I *Muistio* 1978, 50 f. påpekar man, att fastighetsförmedlarnämnden kunde fästa uppmärksamhet också vid uppsägningstiderna och vid klausulerna om provision för avtal efter uppdragstiden.

RÄTTSFALLSREGISTER

Finska rättsfall

HD		1936 II 198	141, 143
		1936 II 261	88, 101
1922 d. 260	74	1936 II 309	84
1922 d. 439	122	1936 II 380	74
1923 d. ref. 45	159	1938 I 45	101, 102
1923 d. 228	131	1938 II 29	122, 123
1924 d. ref. 11	42, 135	1938 II 228	141, 143
1924 d. ref. 25	84	1938 II 273	76
1925 d. 200	88	1938 II 561	95, 98
1927 I 58	88	1938 II 593	124
1927 II 401	84	1939 II 108	124, 141, 143, 154
1928 II 14	88	1939 II 112	124
1929 II 55	108	1939 II 299	169
1929 II 606	103	1939 II 386	41, 132
1929 II 607	103		
1929 II 668	105, 132	1940 II 174	123
1929 II 684	75	1940 II 287	84, 132
		1940 II 351	65
1930 II 124	84	1941 II 121	124
1930 II 237	149, 152	1941 II 192	123
1930 II 306	84	1943 II 7	77
1930 II 373	154	1943 II 127	41, 105
1930 II 639	149, 152	1943 II 280	100
1931 II 458	84	1945 I 36	84
1931 II 563	88	1945 II 50	101
1932 II 193	88, 122, 131, 154	1945 II 56	132, 145
1932 II 232	85	1945 II 70	118
1934 II 89	122, 123, 125	1945 II 92	233
1934 II 374	68, 74	1945 II 100	123
1935 II 432	122, 133	1946 II 85	101

1946 II 233	84	27. 7. 1965/1686	85
1948 II 279	84, 122	1967 II 63	97, 101
1949 II 374	85, 109	1970 II 46	123, 146
1952 II 7	84, 122	1970 II 59	141, 153
1952 II 36	67, 124, 154	1971 II 51	113, 115
1953 II 97	185	1974 II 16	42
28. 11. 1955/3695	142	1974 II 68	147
		1975 II 67	72, 73, 141, 143
		1978 II 4	103
1961 II 75	149, 151		
22. 2. 1962/589	77	Helsingfors HovR 30. 11. 1971/846	
10. 9. 1964/1739	53, 155		59, 161, 162
1965 II 13	103	Helsingfors RR 29. 5. 1978	211
23. 4. 1965/1188	105	Tavastehus RR 17. 10. 1977	211

