

Justitiedepartementet
Konsumentenheten
Rebecca Heinemann
103 33 Stockholm

E-post: ju.ko@regeringskansliet.se

Solna 2014-10-09

Remissyttrande över betänkandet Förbättrad tvistelösning på konsumentområdet – Ny EU-lagstiftning och en översyn av det svenska systemet (SOU 2014:47)

Ert Dnr Ju2014/4305/KO

Mäklarsamfundet och Fastighetsmäklarförbundet FMF är båda branschorganisationer för fastighetsmäklare och ansluter tillsammans drygt 97 % av landets registrerade fastighetsmäklare. Vi har var för sig beretts tillfälle att avge remissvar över rubricerad promemoria. Efter samråd organisationerna emellan har vi beslutat inkomma med ett gemensamt remissvar enligt nedan.

Mäklarsamfundets och Fastighetsmäklarförbundets synpunkter

1. Bindande beslut i ARN (kap 11)

Vi delar utredningens uppfattning att ARN:s beslut inte bör vara bindande.

Om regeringen skulle anse att ARN:s beslut bör vara bindande, är det i så fall ett absolut krav att näringsidkaren kan välja att få beslutet överprövat i domstol. En annan ordning skulle, som utredningen framhållit, innebära att Sverige inte lever upp till kravet på rätt till domstolsprövning.

Vi delar också utredningens uppfattning att ARN inte bör utvecklas till en specialdomstol för konsumenttvister.

2. Genomförandet av direktivet (kap 12)

Allmänt

Vi ställer oss generellt positiva till det bakomliggande syfte som kommer till uttryck i direktivet – att uppnå en hög konsumentskyddsnivå och därigenom bidra till en väl fungerande inre marknad genom att säkerställa att konsumenter kan lämna in sina klagomål mot näringsidkare till ett organ som erbjuder oberoende, opartiska, öppna, effektiva, snabba och rättvisa alternativa tvistlösningsförfaranden.

Godkännande av privata tvistlösningsorgan

Enligt utredningens uppfattning, s. 175, bör det inte finnas parallella, godkända organ för alternativ tvistlösning. Med andra ord bör det enligt utredningen inte förekomma att den behöriga myndigheten godkänner privata tvistlösningsorgan inom de områden där ARN har kompetens, om inte myndigheten samtidigt fråntar ARN kompetens och överlämnar denna till det privata tvistlösningsorganet. Det angivna skälet till detta är att systemet skall vara tydligt för näringsidkare och konsumenter.

Utredningens uppfattning att parallella tvistlösningsorgan inte bör godtas förefaller dock kollidera med den föreslagna lagtexten. Enligt § 6 i den föreslagna nationella lagen skall ett tvistlösningsorgan godkännas om det lever upp till kraven i direktivets art. 5-9 samt i övrigt bedöms som lämplig att fungera som alternativt tvistlösningsorgan. Den föreslagna lydelsen i den nationella lagen, "om nämnden ... i övrigt bedöms som lämplig", verkar ta sikte på själva *tvistlösningsorganets* lämplighet. Vi ifrågasätter därför om det med den föreslagna lydelsen av lagtexten verkligen går att avvisa ett fullt kompetent tvistlösningsorgan enbart på den grunden att den behöriga myndigheten vill undvika parallella tvistlösningsorgan. Att "konsumentpolitiska överväganden" skall kunna beaktas i den prövningen, vilket utredningen anger på s. 421 i förslaget till författningskommentar, rimmar inte särskilt väl med den föreslagna lagtexten. För att sådant skall kunna beaktas i prövningen föreslås 6 § i den nationella lagen istället få följande lydelse (ändringarna jämfört med utredningens förslag är markerade med kursiv stil).

"En tvistlösningsnämnd ska godkännas om nämnden lever upp till de krav som framgår av artiklarna 5-9 i direktivet och *det i övrigt bedöms som lämpligt att nämnden fungerar* som alternativ tvistlösningsnämnd enligt direktivet."

I sak delar vi utredningens uppfattning att det inte bör finnas parallella, godkända tvistlösningsorgan. Vi anser dock att om ett privat tvistlösningsorgan, som verkar inom ett område där ARN har kompetens, uppfyller kraven på att bli ett godkänt tvistlösningsorgan, bör regeringen normalt undanta detta område från ARN:s kompetens och i stället överlämna kompetensen till det privata organet.

Vi noterar att utredningen på flera ställen påpekar att privata branschnämnder är av stort värde, både för konsumenter och näringsidkare. Samtidigt framhålls i utredningen, s. 292, att det på grund av direktivet antagligen kommer att bli mindre intressant för en branschorganisation att i framtiden tillhandahålla ett tvistlösningsorgan, om detta organ inte godkänns och därmed får kvalitetsstämpeln "av regeringen godkänt tvistlösningsorgan". Det skulle antagligen också upplevas som förvirrande om en näringsidkare i händelse av tvist hänvisar dels till det godkända tvistlösningsorganet ARN, dels till sin egen branschnämnd. Med andra ord: etablerade och välfungerande branschnämnder som nekas godkännande riskerar att försvinna.

Om ARN och FRN

Att regeringen normalt bör överlämna kompetensen till ett privat tvistlösningsorgan som uppfyller direktivets krav, bör enligt vår samstämmiga uppfattning gälla för tvister enligt fastighetsmäklarlagen. Här finns det redan idag en etablerad tvistlösningsnämnd i form av Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd (FRN).

FRN bildades redan år 1965, då med professor Ulf Cervin som ordförande, och består för närvarande av åtta ledamöter. Bland ledamöterna märks professor Folke Grauers, som varit nämndens ordförande sedan år 1992, och ekon. lic. Sverker Thorslund, tidigare expert på boendefrågor på Konsumentverket. Vidare har nämnden representanter med specialkompetens bland annat inom byggt teknik, planlagstiftning och ersättningsrätt.

FRN uppfyller för närvarande inte direktivets krav på ett godkänt tvistlösningsorgan, men avser att genomföra de förändringar som krävs för att kunna godkännas som alternativt tvistlösningsorgan enligt direktivet.

Vidare har diskussioner inletts mellan våra organisationer om att samlas kring FRN som gemensamt tvistlösningsorgan för samtliga de fastighetsmäklare som är anslutna till organisationerna.

I dagsläget omfattas enbart mäklare anslutna till FMF samt, genom avtal med FRN, mäklare verksamma vid mäklarkedjorna Fastighetsbyrå och Svensk Fastighetsförmedling.¹ Genom en samling kring FRN som tvistlösningsorgan skulle nära nog samtliga registrerade fastighetsmäklare i landet omfattas av FRN:s kompetens. Sker en anpassning av FRN:s verksamhet så att de krav direktivet ställer blir uppfyllda och en sådan samling i branschen sker anser vi att FRN – i ARN:s ställe – fortsättningsvis bör utgöra det godkända organet för alternativ tvistlösning.

Av betänkandet framgår att utredningen under arbetets gång haft kontakter med några av de branschnämnder som verkar vid sidan av ARN i dag, bland annat rörande frågan om dessa har för avsikt att anpassa verksamheten till direktivets krav. Någon sådan kontakt med FRN har inte ägt rum. Eftersom en sådan avsikt numera finns beträffande FRN, är vi redan nu, innan lagreglerna är på plats, beredda att närmare redovisa hur en anpassning av FRN:s verksamhet kan ske, om departementet anser att detta är av värde.

Synpunkter på ARN:s nuvarande verksamhet

Att ARN alls skall kunna pröva fastighetsmäklartvister har inte varit självklart. Som framgår av författningstexten i ARN:s instruktion kan det närmast ses som ett undantag från huvudregeln att ARN inte prövar tvister om köp av fast egendom, bostadsrätt och tomträtt. ARN:s möjlighet att pröva fastighetsmäklartvister infördes som en försöksverksamhet år 1998, och prövningen avsåg då endast tvister om skadestånd.² År 2001 utvidgades försöksverksamheten till att även avse tvister om mäklarens ersättning.³ Verksamheten permanentades först år 2005.⁴

Utredningen anger, s. 231, att kompetensen hos ARN:s avdelningsordförande är "mycket hög". Det stämmer naturligtvis att den formella kompetensen är hög. Det är också så att ARN:s beslut i de allra

¹ Det kan för ordningens skull noteras att utredningen, s. 95, felaktigt uppfattat att FRN redan i dag är ett exempel på privat nämnd som drivs av flera branschförbund tillsammans.

² Förordningen (1998:1250) om försöksverksamhet vid Allmänna reklamationsnämnden för prövning av skadeståndsanspråk enligt fastighetsmäklarlagen (1995:400).

³ Förordningen (2000:1125) om försöksverksamhet vid Allmänna reklamationsnämnden för prövning av tvister mellan konsumenter och fastighetsmäklare.

⁴ Förordningen (2004:1034) med instruktion för Allmänna reklamationsnämnden.

flesta fall framstår som materiellt riktiga. Det finns dock flera exempel på fall där ARN har beslutat i direkt strid med gällande rätt.⁵

Att misstag sker, trots hög formell kompetens, är antagligen en fråga om tidsbrist. Den mycket låga styckkostnaden för ARN:s beslut – enligt utredningen uppgick den år 2013 till endast 3 115 kr – tyder på det. I utredningen anges också, s. 324, att arvodet för externa föredraganden uppgår till 4 000 kr per nämndsammanträde. Vid ett sammanträde på fastighetsmäklaravdelningen avgörs ofta tio till tolv ärenden, vilket innebär ett arvode om mindre än 400 kr per ärende. I det arvodet ingår att läsa igenom samtliga inlagor, att upprätta en PM med förslag till beslut i varje ärende, att sitta med på nämndsammanträdet och slutligen att skriva besluten. Det säger sig självt att det är svårt att få någon kvalitet i besluten när en föredragande förväntas lägga ned så extremt lite tid på att förbereda ärendena.⁶ Eftersom skadestånd enligt fastighetsmäklarlagen ofta avser betydande värden – tvister om sju-siffriga belopp förekommer – är det viktigt att det alternativa tvistlösningsförfarandet präglas av såväl hög kompetens som stor noggrannhet.

Behörig myndighet

Vi har inga invändningar mot utredningens förslag att regeringen skall utgöra den behöriga myndigheten.

3. Effektivisering av ARN m m (kap 14-16)

Är ARN, enligt utredningens lagförslag, behörig att pröva tvister mellan en mäklare och mäklarens uppdragsgivares motpart?

Direktivet avser tvister om avtalsförpliktelser som härrör från ett tjänsteavtal eller köpeavtal mellan en näringsidkare och en konsument. Med tjänsteavtal menas, enligt direktivets artikel 4.1 d, bland annat att konsumenten skall betala eller åta sig att betala priset för tjänsten.

I den föreslagna instruktionen för ARN anges, i konsekvens med direktivet, att nämnden skall pröva tvister "med anledning av ett avtal" mellan en konsument och en näringsidkare. Vidare anges att ARN kan pröva tvister mellan en konsument och en näringsidkares ansvarsförsäkringsbolag, om direktravsrätt föreligger och om skadeståndskravet "har sin grund i ett avtalsförhållande mellan konsumenten och den försäkrade näringsidkaren". De nu citerade formuleringarna finns inte i den nuvarande instruktionen, SFS 2007:1042. Utredningens överväganden i denna del redovisas på s. 176 f. och 179.

⁵ Det kanske tydligaste exemplet är ARN 2011-5943 som gällde en tvist mellan å ena sidan en konsument och å andra sidan en mäklare och ett besiktningsföretag. Här förbisåg ARN, trots en ytterst meriterad ordförande, att den aktuella rättsfrågan redan hade prövats av HD i NJA 2007 s. 962. Besiktningsföretaget rekommenderades, i strid med HD-avgörandet, att utge ett betydande skadestånd.

⁶ Enligt uppgift per telefon från ARN:s vice ordförande Pernilla Smith 2014-07-22 lägger en erfaren föredragande ner ungefär två dagars arbete på ett nämndsammanträde. Ungefär en halv dag går åt till själva sammanträdet, restiden inräknat, och det är antagligt att den resterande halvan av sammanträdesdagen ägnas åt att skriva besluten. Det innebär att en föredragande i genomsnitt lägger ner en arbetsdag på att läsa igenom handlingarna, sätta sig in i rättsfrågorna och upprätta PM. Räknat per ärende blir det runt 45 minuter(!) per ärende. I FRN tar motsvarande arbetsuppgifter minst en arbetsdag per ärende, trots att de utförs av en erfaren jurist med särskild kompetens på det aktuella rättsområdet. FRN lägger alltså ner ungefär tio gånger så lång tid som ARN på att förbereda ärendena.

Fastighetsmäklare står i ett direkt avtalsförhållande med sin uppdragsgivare, vanligen en säljare, men förhållandet mellan mäklaren och uppdragsgivarens motpart, vanligen en köpare, är mera svårångat. I vissa sammanhang har förhållandet beskrivits som kontraktuellt eller kontraktliknande⁷, i andra som rent utomobligatoriskt.⁸ Det står i alla händelser klart att uppdragsgivarens motpart i de allra flesta fall inte betalar mäklaren för tjänsten, jfr den ovan nämnda artikel 4.1 d i direktivet.⁹ Om man bedömer förhållandet mellan mäklaren och uppdragsgivarens motpart som utomobligatoriskt eller kontraktliknande – och enligt vår samstämmiga uppfattning kan det bäst beskrivas som kontraktliknande – innebär det att ARN enligt utredningens förslag endast kommer att vara behörig att pröva tvister mellan mäklaren och hans eller hennes uppdragsgivare. Detta skulle innebära en inskränkning av ARN:s nuvarande kompetens. Den föreslagna instruktionen anger i och för sig att ARN skall pröva ”skadestånd enligt 25 § fastighetsmäklarlagen”, men det skulle i ljuset av skrivningarna om avtalsförhållande kunna tolkas som att det bara avser skadeståndskrav från uppdragsgivaren, inte från dennes motpart.

Utredningens förslag till instruktion för ARN strider i och för sig inte mot direktivet, men om avsikten är att ARN även fortsättningsvis skall kunna pröva tvister mellan en mäklare och uppdragsgivarens motpart – och vi antar att detta är avsikten – bör instruktionen för ARN formuleras på annat sätt än enligt utredningens förslag.

Får ARN avvisa tvister mellan en bostadsrättsförening och dess medlemmar?

På s. 200 anger utredningen att en medlem i en bostadsrättsförening inte intar ställning som konsument i förhållande till föreningen. Såvitt vi känner till är rättsläget i denna fråga fortfarande oklart. HD beviljade prövningstillstånd i frågan i mål Ö 1930-04, efter att Svea hovrätt kommit fram till olika resultat i två avgöranden.¹⁰ Målet återkallades dock innan det hade hunnit prövas av HD.

Det kan alltså vara så att ARN är skyldig att pröva tvister mellan en bostadsrättsförening och dess medlemmar. Det är ingalunda självklart, vad utredningen anger, att sådana tvister skall avvisas av ARN.

Det kan vidare framhållas att en inte obetydlig brist på konsumentskydd i dagsläget finns när det gäller förhållandena vid upplåtelse av bostadsrätt. Vad som främst avses är konsumentens skydd vid upplåtelse av nyproducerade bostadsrätter. Där möter konsumenten i praktiken en näringsidkare i form av ett byggbolag, snarare än en bostadsrättsförening, även om det slutligen är föreningen som formellt upplåter bostadsrätt.

Det kan naturligtvis anföras att dessa tvister ska undantas i enlighet med resonemanget om förvärv av bostadsrätt på sid 196, men formellt sett är det inte fråga om ett köp då bostadsrätten första gången förvärvas, utan om en upplåtelse av fast egendom. Det bör mot den bakgrunden på nytt övervägas om

⁷ Se exempelvis Jan Kleinman, Ren förmögenhetsskada, s. 493 f. och SOU 1981:102 s. 100.

⁸ Se Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, s. 434.

⁹ Annat än indirekt genom att uppdragsgivaren övervältrar en del av kostnaden för mäklartjänsten genom att priset för fastigheten påverkas.

¹⁰ I Svea hovrätts mål ÖA 8877-02 ansågs att det var fråga om en konsumentrelation. I Svea hovrätts mål T 1659-99 gjordes en motsatt bedömning.

exempelvis en tvist rörande huruvida skicket på en nyproducerad bostadsrätt motsvarar villkoren i upplåtelsehandlingen eller följderna av en avsevärd fördröjning av själva upplåtelsen som föreningen kan vara ansvarig för, inte bör anses falla inom ARN:s kompetens.

Avvisning av ärenden som prövas av annan instans

För närvarande avvisar ARN ett ärende som är anhängiggjort i FRN. Avvisning sker temporärt i den meningen att konsumenten har möjlighet att återkomma till ARN när prövningen i FRN är klar, om konsumenten inte är nöjd med utfallet där. Det rättsliga stödet för avvisning, som vi har förstått det, är att mäklaren och hans eller hennes försäkringsbolag inte anses ha tagit ställning till kravet förrän FRN har meddelat beslut, och att kravet därmed ännu inte är tvistigt. Förfarandet är i hög grad rationellt, bland annat eftersom det sparar resurser åt ARN.

Såvitt vi förstår hindrar varken direktivet eller den nya, föreslagna instruktionen för ARN att den nu gällande ordningen kan fortsätta att tillämpas. Detta får gärna klargöras i propositionen. I alla händelser bör ARN, som beskrivs på s. 209 i utredningen, kunna låta ett ärende informellt vila i avvaktan på att det prövas i FRN eller av Fastighetsmäklarinspektionen.

"Delgivning" av ARN:s förelägganden

I 14 § i utredningens förslag till instruktion för ARN anges att ARN skall utgå från de kontaktuppgifter till näringsidkaren som konsumenten har lämnat om det inte finns något särskilt skäl att ifrågasätta dessa.

Eftersom ARN:s beslut inte medför några formella rättsverkningar, krävs det inte att ett föreläggande från ARN delges näringsidkaren. Men även om besluten inte medför någon formell rättsverkan, är ARN:s beslut ändå av utomordentligt stor betydelse för de flesta näringsidkare; ingen vill bli publicerad på tidningen Råd & Rön s.k. "svarta lista". Det finns därför skäl för mycket noggranna rutiner i detta avseende.

För närvarande godtar ARN i regel anmälares uppgift om näringsidkarens kontaktuppgifter, utan egen prövning. Om dessa uppgifter är felaktiga, innebär det att ARN inte får något svar från näringsidkaren; denne vet ju överhuvudtaget inte att han blivit anmäld till ARN. När ARN sedan skall avgöra ärendet utgår man från de uppgifter om tvisten som anmälares har lämnat, och beslutet kan liknas vid en tredsdom.

I utredningen anges, s. 340 f. att JO har riktat kritik mot ARN:s hantering i detta avseende. Vidare anges att ARN, efter att initialt ha inrättat sina rutiner enligt JO:s synpunkter, numera har frångått dessa eftersom de försenade ärendehandläggningen. Enligt vår uppfattning är det anmärkningsvärt, och inte acceptabelt, att ARN har valt att ignorera JO:s beslut.

Såvitt avser fastighetsmäklare finns det ett mycket enkelt och billigt sätt att komma tillrätta med det nu beskrivna problemet. Alla fastighetsmäklares kontaktuppgifter finns enligt 23 § fastighetsmäklarförordningen registrerade i FMI:s fastighetsmäklarregister. Vi föreslår därför att det i instruktionen för ARN skall anges att ARN skall använda uppgifterna i fastighetsmäklarregistret när man skickar ut ett föreläggande till en fastighetsmäklare.

ARN har tidigare uppmärksammats på det angivna problemet och den enkla lösningen på detsamma, men såvitt känt har man valt att inte ändra sina rutiner.

Förlikningsverksamhet

Vi har i stort sett inga invändningar mot utredningens förslag om förlikningsverksamhet vid ARN, men vill dock lämna några synpunkter.

Den första är att förlikningsverksamheten, vilket utredningen också påpekar på s. 335, med nödvändighet tar resurser från den övriga verksamheten. Vi vill därför understryka att förlikningsverksamheten inte får tillåtas gå ut över kvaliteten i besluten.

Den andra synpunkten rör utredningens uttalanden om vilka tvister som inte lämpar sig för förlikning. Vi vill tillägga att sådana tvister där det är uppenbart att ena parten har rätten på sin sida inte lämpar sig för förlikning. Anta (detta exempel är hämtat från verkligheten) att konsumenten påstår att det åligger en mäklare att låta utföra besiktning av fastighetens elledningar och rökgångar före en försäljning. Det är ett påstående som uppenbart saknar stöd i gällande rätt, och i sådana tvister bör ARN inte ta något initiativ till förlikning.

Slutligen ser vi skäl att ifrågasätta hur framgångsrik den tänkta förlikningsverksamheten kan förväntas bli mot bakgrund av att ARN:s verksamhet bygger på ett skriftligt förfarande - parterna möts inte "öga mot öga". Det föreligger i detta avseende en avgöranden skillnad mot de möjligheter domstolen har att medverka till en förlikning i ett ordinarie tvistemål. Där kan tvisten inte sällan framgångsrikt lösas på sådant sätt just i samband med att parterna träffas inför domstolen vid den muntliga förberedelsen.

Rättegångskostnader i ARN

Vi delar utredningens uppfattning, s. 365 f., att en näringsidkare inte bör kunna bli skyldig att betala konsumentens rättegångskostnader. Vi noterar dock att en näringsidkare redan i dag, genom den praxis som utvecklats i ARN, i viss mån kan bli betalningsskyldig för sådana kostnader då en konsument, vars krav bifalls, även kan få ersättning för kostnad för besiktning och liknande.

Omprövning av ARN:s beslut

Utredningen föreslår att en part endast skall kunna ansöka om omprövning en gång. Det finns självklart goda skäl att begränsa möjligheterna till meningslösa ansökningar om omprövning, men det kan även finnas fall där ny bevisning tillkommit som varken kunnat åberopas i det ursprungliga ärendet eller det första omprövningsärendet, och som skulle medföra en annan utgång. Att omprövning då inte skall kunna ske kan framstå som stötande. Om förslaget genomförs bör det i så fall uppvägas att tiden för begäran om omprövning utsträcks från nuvarande tre veckor till säg tre månader.

Dubbelregistrering av ärenden i ARN

I utredningen nämns, s. 345 f., ett fall av dubbelregistrering vilket ledde till två beslut i samma ärende och med olika utgång.

Enligt utredningen är dubbelregistreringar vanligt, hela 115 ärenden år 2012 och 70 ärenden år 2013. Enligt det JO-beslut som refereras i utredningen åligger det ARN att ha automatiska eller manuella rutiner för att sådant så långt som möjligt förhindras. ARN har emellertid uppgett till utredningen att automatiska kontroller inte låter sig göras av tekniska skäl och att manuella kontroller vore alltför

arbetskrävande. Med detta besked har utredningen låtit sig nöjas. Återigen anser vi att det är anmärkningsvärt att utredningen underlåter att inrätta sig efter JO:s uttalande.

Det förekommer också att ARN förbisett att part företräds av ombud. Vi känner till flera fall där förelägganden eller beslut endast har skickats till parten och inte till ombudet, och även fall där det varken har skickats till parten eller till ombudet.¹¹

Förstärkt intern organisation m.m.

Vi delar utredningens uppfattning att ARN behöver tillföras större resurser och vill tillägga att det krävs *väsentligt* större resurser än dag för att uppnå en jämn och god kvalitet i beslutsfattandet, jfr not 6 ovan.

Kanslibeslut vid "enklare ärenden"

Vi har inga egentliga invändningar mot utredningens förslag i denna del, men vill dock understryka att det är viktigt att ARN inte av besparingsskäl eller liknande väljer att föra över mer komplicerade ärenden till kategorin "enklare ärenden" och avgör dem genom kanslibeslut.

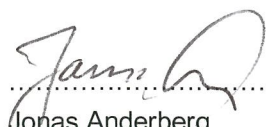
Sänkta beloppsgränser i ARN

För fastighetsmäklare har den nuvarande beloppsgränsen om 2 000 kr ingen praktisk betydelse eftersom de allra flesta tvister rör betydligt större belopp än så. Vi har därför inget att invända mot att gränsen sänks till 1 000 kr.

Avgiftsfinansiering

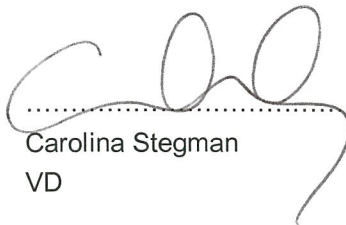
Vi delar utredningens uppfattning att ARN inte skall finansieras genom avgifter från näringsidkaren.

MÄKLARSAMFUNDET



Jonas Anderberg
Chefsjurist

FASTIGHETSMÄKLARFÖRBUNDET FMF



Carolina Stegman
VD

¹¹ Se exempelvis beslut i ARN 2013-02436, 2014-03908 och 2012-08319. I det sistnämnda fallet gjorde ARN en notering om att mejlet studsade, men vidtog ingen åtgärd med anledning av det.