

MINNISBLAÐ

Til: Grétars Jónssonar, framkvæmdastjóra Félags fasteignasala

Frá: ADVEL lögmönnum slf., - Anton B. Markússon hrl.

Dags.: 28. janúar 2015

Efni: Hæstaréttardómur í máli nr. 144/2014:

Félag fasteignasala

gegn

Brynhildi Berþórsdóttur

I

Inngangur

Félag fasteignasala (hér eftir nefnt FF eða félagið) hefur óskað eftir lögfræðilegu álitu ADVEL lögmanna á forsendum og niðurstöðu Hæstaréttar Íslands í ofangreindu máli og þá einkanlega hvað rétturinn taldi á skorta til að skylduaðild að félaginu stæðist gagnvart félagafrelsisákvæði 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar.

II

Um forsendur og niðurstöðu Hæstaréttar Íslands

Í tilvitnuðu máli var tekist á um það álitaefni hvort sú skylduaðild að FF sem kveðið var á um í 1. mgr. 18. gr. laga nr. 99/2004, um sölu fasteigna, fyrirstækja og skipa, bryti í bága við félagafrelsisákvæði 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar. Málavextir voru í stuttu máli þeir að BB fékk 11. mars 2009 löggildingu samkvæmt 6. gr. laga nr. 99/2004 til að vera fasteigna-, fyrirtækja- og skipasali. Í kjölfarið var hún krafín um félagsgjald til FF sem hún neitaði að greiða á þeim grundvelli að sér væri óskýlt að vera þar félagsmaður. Áfram var hún krafín um sömu gjöld sem hún neitaði einnig að greiða, þar til FF höfðaði mál til heimtu umræddra félagsgjalda. BB tók til varna og höfðaði jafnframt gagnsök þar sem hún krafðist viðurkenningar á því að sér væri óskýlt að vera félagsmaður í FF.

Í dómsforsendum Hæstaréttar Íslands er farið yfir hlutverk FF og skipan þess samkvæmt lögum nr. 99/2004. Sérstaklega er fjallað um eftirlitshlutverk félagsins. Í því sambandi tekur Hæstiréttur fram, að í upphaflegri mynd frumvarps sem varð að lögunum, hafi verið kveðið á um að eftirlitsnefnd Félags fasteignasala skyldi starfa í tengslum við FF og á kostnað þess. Hafi einnig verið gert ráð fyrir því að FF legði nefndinni til starfsmann. Síðan segir orðrétt:



„Við meðferð frumvarpsins á Alþingi var því breytt þannig að fallið var frá því að eftirlitsnefndin starfaði á kostnað áfrýjanda [FF], en þess í stað skyldu fasteignasalar greiða sérstakt eftirlitsgjald til að standa straum af kostnaði af starfi nefndarinnar, sbr. nú 2. mgr. 19. gr. laganna. Áfrýjanda var með sömu málsgrein falið að innheimta gjaldið og standa skil á því til nefndarinnar, en með 1. gr. laga nr. 50/2013 var þeirri skipan breytt og rennur eftirlitsgjaldið nú í ríkissjóð, sem ber jafnframt kostnað af störfum nefndarinnar“.

Sú ályktun verður dregin af athugasemdum við það frumvarp sem varð að lögum nr. 99/2004 að skylduáðild að FF hafi í upphafi verið rökstudd með vísan til þess að eftirlitsnefnd um störf fasteignasala yrði nátengd félaginu og starfaði á kostnað þess. Líkt og framan er rakið var ákvæðum frumvarpsins um þetta efni breytt í meðförum Alþings á þá leið að eftirlitsnefnd var komið á fót sem sjálfstæðri úrskurðarnefnd sem fjármögnuð skyldi með sérstöku gjaldi. Jafnframt var gengið út frá því að umrætt eftirlitsgjald og árgjald til FF væri ólíks eðlis og þannig kveðið á um heimild til aðfarar, án undangengins dóms, eingöngu til fullnustu fyrrnefnda gjaldsins.

Ljóst er, að ein meginforsenda skylduáðildar að FF samkvæmt því frumvarpi sem varð að lögum nr. 99/2004, voru nán tengsl félagsins við eftirlitsnefndina og sameiginlegur fjárhagur. Að sama skapi er deginum ljósara að hefði ekki verið skilið milli FF og eftirlitsnefndarinnar, bæði fjárhagslega og stjórnsýslulega, líkt og gert var í meðförum Alþingis, hefði staða FF til eftirlits með löggiltum fasteignasölum verði nákvæmlega sú sama og staða Lögmannafélags Íslands gagnvart lögmonnum sem fjallað var um í dómi Hæstaréttar Íslands 19. febrúar 1998 í máli nr. 259/1997.

Að mati undirritaðs er sú breyting sem gerð var á störfum og hlutverki eftirlitsnefndarinnar, aðalástæða þess að skylduáðild að FF var talin stangast á við félagafrelsisákvæði stjórnarskrárinnar.

Þegar þessu atriði sleppir taldi Hæstiréttur að ekki væri unnt að horfa til annarra atriða varðandi hlutverk FF en þeirra sem mælt er fyrir um í lögum. Jafnframt yrði með vísan til meginreglu íslenskrar stjórnskipunar um meðalhóf að gæta að því hvort lagaboð íþyngdi mönnum að óþörfu og unnt væri að ná sama markmiði með öðru og vægara móti. Í kjölfarið fór Hæstiréttur yfir lög bundið hlutverk FF lið fyrir lið og komst að þeirri niðurstöðu að ekkert þeirra gæti talist þess eðlis að nauðsyn bæri til að fasteignasalar væru skyldir að lögum til að vera félagsmenn í FF.

Þessu næst tekur Hæstiréttur til skoðunar þýðingu og gildi siðareglna og eftirlitshlutverk FF. Um fyrrnefnda atriðið, þ.e. siðareglurnar, segir svo í dómi Hæstréttar:

„Samkvæmt 3. mgr. 18. gr. laga nr. 99/2004 skal áfrýjandi setja siðareglur fyrir fasteignasala og ber honum að senda þær ráðherra, sbr. 4. mgr. sömur lagagreinar. Þótt reglur sem þessar geti haft verulegt gildi fyrir starfshætti fasteignasala og eftirlit með þeim og aukið jafnframt vernd neytenda í fasteignaviðskiptum, verður að gæta að því að samkvæmt 1. mgr. 20. gr. laganna á eftirlitsnefnd meðal annars að hafa eftirlit með því að fasteignasalar starfi í samræmi við siðareglur áfrýjanda. Sú lagaregla stæði óhöggðu þótt lög myndu ekki skylda fasteignasala til að vera félagsmenn í áfrýjanda. Þetta hlutverk hans getur því ekki haft



frekara vægi við mat á því hvort skilyrðum 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar sé fullnægt til að leggja þessa skyldu á fasteignasala“.

Um rökstuðning Hæstaréttar er það eitt að segja að stenst enga lögfræðilega skoðun, eða hvernig geta síðareglur, sem FF setur og er ætlað að mæla fyrir um góða og gegna starfshætti fasteignasala, náð markmiði sínu þegar búið er að afnema skylduaðild að FF? Það eina sem fasteignasali þarf að gera er að segja sig úr FF. Þar með ná síðareglurnar ekki lengur til hans. Það er til lítills að setja síðareglur sem fyrst og síðast er ætlað að vernda neytendur og þar með almannahagsmuni, ef engum ber að hlíta þeim.

Má segja að með dómi sínum hafi Hæstiréttur í raun gert reglu þá sem fram kemur í 3. mgr. 18. gr. laga 99/2004 marklausa.

Hæstiréttur Íslands taldi eftirlitslutverk FF takmarkast við að tilkynna eftirlitsnefndinni um trúverðugar ábendingar, sem félaginu bærst um misfellur í starfi þeirra. Í því sambandi yrði að líta til þess, að í lögskýringargögnum um ákvæðið kæmi fram að eftirlitsnefndinni bæri að leggja mat á tvennt er varðaði það álitæfni hvort ábendingar teldust trúverðugar áður en hún tæki mál til rannsóknar, annars vegar hvort tilefni ábendingarinnar væri málefnanlegt og hins vegar hvort hún myndi að líkindum leiða til áminningar eða sviptingar löggildingar ef rétt reyndist. Fékk Hæstiréttur ekki séð að hlutverk FF, eins og því var að þessu leyti lýst í lögum, gæti staðið til þess að nauðsynlegt væri að skylda fasteignasala til aðildar að félaginu á grundvelli almannahagsmuna.

Komst Hæstiréttur Íslands að þeirri niðurstöðu að skylduaðild að FF samkvæmt síðari málslið 1. mgr. 18. gr. laga nr. 99/2004 bryti gegn félagfrelsisákvæði 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar.

Þá taldi Hæstiréttur rétt að málskostnaður í héraði og fyrir Hæstarétti félli niður.

III

Hvað skorti að mati Hæstaréttar Íslands á til að skylduaðild að Félagi fasteignasala stæðist félagafrelsisákvæði 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar?

Ef leitast er við að draga ályktanir af dómsforsendum Hæstaréttar Íslands í málinu og þá með það fyrir augum að greina hvað hafi skort á til að skylduaðild að félaginu stæðist félagafrelsisákvæði 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar er einkum tvennt sem má benda á:

1. Sem fyrr segir var það ein meginforsenda skylduaðildar að FF, samkvæmt því frumvarpi sem varð að lögum nr. 99/2004, náin tengsl hans og sameiginlgur fjárhagur við eftirlitsnefndinna. Eftir breytingar sem gerðar voru á hlutverki og starfi eftirlitsnefndarinnar í meðförum Alþings er ljóst að staða FF varð allt önnur og veigaminni en upphaflega var gert ráð fyrir.
2. Hæstiréttur Íslands telur áskilnaði 2. mgr. 74. gr. um almannahagsmuni fullnægt í málinu. Að því leyti tekur rétturinn undir aðra af tveimur meginmálsástæðum sem félagið tefldi fram í málinu til stuðnings kröfu sinn um skylduaðild. Hins vegar taldi Hæstiréttur, eftir að hafa farið yfir lögbundið hlutverk FF, að unnt yrði að ná sama



markmiði með öðru og vægara móti heldur en með skylduaðild og það þrátt fyrir að rétturinn teldi að játa yrði löggjafanum rýmri heimild til að leggja byrðar á þá sem heyra til þessara starfsstéttar. Í því sambandi ræður mestu sú afstaða réttarins að samkvæmt ákvæðum III. kafla laga nr. 99/2004 væri hlutverk FF í umræddu eftirlitshlutverki einungis til fyllingar og yrði að skoðast sem óverulegur hluti þess.

Að mati undirritaðs er nauðsynlegt að breyta framangreindri afstöðu til eftirlitshlutverks FF. Það verður einungis gert með því að fela félaginu ríkara eftirlitshlutverk að lögum. Staðreyndin er sú að daglegt eftirlit, ef svo má að orði komast, er alfarið í höndum FF. Á það var bent að fyrirkomulagið hefði haft tilætluð varnaðaráhrif, sem lýstu sér í því að meirihluti þeirra mála, 80-90%, sem leitt hefðu í ljós alvarlegar misfellur gagnvart neytendum, hefðu komið upp eftir sérfræðiskoðun FF og í framhaldi þess rannsókn eftirlitsnefndarinnar. Jafnframt var bent á að yrði skylduaðildin afnumin myndi það óhjákvæmilega leiða til þess, að hið virka eftirlit sem fælist í tilkynningaskyldu og hefði skapað festu og um leið öryggi fyrir neytendur á fasteignamarkaði yrði þýðingarlaust með öllu, enda FF ekki í neinni aðstöðu til að senda eftirlitsnefndinni ábendingar um misfellur í störfum fasteignasala. Það kynni svo aftur að leiða til þess að hagsmunum neytenda yrði stefnt í tvísýnu, og það sem verra er, tjóns enda viðbúið að alvarlegar misfellur uppgötvuðust of seint með tilheyrandi afleiðingum.

IV

Mikilvægi skylduaðildar

Undirritaður telur að breyta verði hlutverki FF eins og því er lýst í núgildandi lögum, í þá veru að nauðsynlegt er að skylda fasteignasala til aðildar að því á grundvelli almannahagsmuna. Útgangspunkturinn í því sambandi er sá að auka eftirlitshlutverk félagsins við mat á því hvort skilyrðum 2. mgr. 74. gr. stjórnarskrárinnar sé fullnægt til að leggja skylduaðild á fasteignasala. Varðandi mikilvægi skylduaðildarinnar ber að leggja höfuðáherslu á þá gríðarlegu réttaróvissu sem dómur Hæstaréttar í umræddu máli hefur haft í för með sér, nú þegar hann hefur gert fasteignasölum kleift að sniðganga siðareglur í störfum sínum. Að sama skapi að varpað verði fyrir róða þeim yfirlýsta tilgangi sem að var stefnt með hinu herta regluverki í lögnum og fólst í fyrirbyggjandi eftirliti.

Þá er mikilvægt að hafa í huga að stjórnvöld leita alloft samvinnu við FF vegna mála er varða brýna vernd neytenda í fasteignaviðskiptum. Um er að ræða margháttuð tilvik undanfarin ár. FF kemur ávallt að slíku enda hluti af lögbundnu hlutverki þess.

Í kjölfar þeirrar samvinnu er úr verður milli viðkomandi stjórnvalds og FF kynnir félagið öllum fasteignasölum (félagsmönnum) á landinu niðurstöður brýnna mála er varða almenning og fasteignaviðskipti þeirra.

Nýjasta dæmið eru ýmsar beiðnir stjórnvalda til FF um samvinnu til að tryggja rétt fólks sem óskað hefur skuldaleiðréttinga og á í fasteignaviðskiptum. Þar hafa ýmis álitamál komið upp og FF í kjölfar þeirrar samvinnu sem stjórnvöld hafa leitað eftir sent bæði bréf með brýnum atriðum og í framhaldi þess mjög mikilvæga staðlaða samningskilmála. Upplýsingaskyldan er afar mikilvæg þar sem alger nauðsyn er að allir félagsmenn FF þekki



rækilega til vandamála sem uppi eru og geti tryggt hagsmuni almennings eins og þeim ber lögboðin skylda til.

Með afnámi skylduaðildar er allsendis óvíst að brýn atriði sem err afsprengi samvinnu stjórnvalda og FF og sem ætlað er að tryggja hagsmuni almennings í fasteignaviðskiptum berist nema hluta löggiltra fasteignasala.

Virðingarfyllst,

Anton B. Markússon hrl.

FYRIRVARI – Minnisblað þetta er byggt á þeim gögnum, upplýsingum og þeim réttarheimildum sem vísað er til og í gildi eru þegar það er ritað og takmarkast við íslenskan rétt. Þær niðurstöður og ályktanir sem fram eru settar í minnisblaðinu byggjast á því að þau gögn og þær upplýsingar sem það grundvallast á séu fullnægjandi og réttar. Minnisblaðið á einvörðungu við um þá aðila, samninga og afmarkaða réttarágreining og/eða álitafni, sem sérstaklega eru tilgreind í efni þess. Ekki er rétt að byggja á efni þess einu og sér við ákvarðanatöku um málefni þau sem minnisblaðið fjallar um. Minnisblaðið má því ekki nota í nokkrum öðrum tilgangi en í tengslum við framangreint.