

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

Den 5. april 2011

blev der i sagen 31-2008

Erhvervs- og Byggestyrelsen

mod

Ejendomsmæglerfirmaet MM A/S

efter genoptagelse afsagt følgende

Kendelse

Ved brev af 31. januar 2008 indbragte Erhvervs- og Byggestyrelsen Ejendomsmæglerfirmaet MM A/S for Disciplinærnævnet for Ejendomsmæglere med påstand om, at indklagede efter Erhvervs- og Byggestyrelsens opfattelse havde tilsidesat lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 5, ved ikke at have draget omsorg for, at selskabets forretningssteder havde været ledet af en registreret ejendomsmægler eller advokat.

Indklagede påstod sagen afvist, subsidiært frifindelse.

Nævnet afsagde den 1. oktober 2008 kendelse i sagen og fandt, at Ejendomsmæglerfirmaet MM A/S havde overtrådt § 8, stk. 5, i lov om omsætning af fast ejendom og pålagde selskabet en bøde på 300.000 kr.

Ved mail af 2. oktober 2008 og brev af 7. oktober 2008 til nævnet anførte indklagedes daværende advokat, at han ikke var bekendt med en række af de bemærkninger, som Erhvervs- og Byggestyrelsen ifølge kendelsen havde støttet sin klage på, og at det måtte bero på en fejl, at der ikke medfulgte ankevejledning ved fremsendelse af kendelsen.

Som følge heraf besluttede nævnet at genoptage sagen.

Nævnet besluttede ved kendelse af 17. december 2008 at henholde sig til kendelsen af 1. oktober 2008.

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

Indklagede indbragte den 12. november 2008 nævnets kendelse for Københavns Byret, der henviste sagen til Østre Landsret i medfør af retsplejelovens § 226, stk. 1. Indklagede nedlagde under retssagen endelig påstand om, at nævnet skulle anerkende, at kendelsen af 17. december 2008 var ugyldig, subsidiært hjemvisning af sagen til nævnet til fornyet behandling og mest subsidiært, at sanktionen blev formildet. Nævnet påstod frifindelse, subsidiært hjemvisning.

Af Østre Landsret dom af 19. november 2009 fremgår, at landsretten fandt, at begge de af nævnet truffede afgørelser var ugyldige på grund af sagsbehandlingsfejl. Nævnet ankede dommen til Højesteret, men hævede efterfølgende anken.

Ved brev af 22. februar 2010 til Erhvervs- og Byggestyrelsen meddelte nævnet, at nævnet genoptog behandlingen af sagen. Ved brev af 20. marts 2010 til nævnet bekræftede styrelsen, at styrelsen fortsat ønskede nævnets afgørelse af sagen.

Indklagede har under denne sag nedlagt principal påstand om afvisning, subsidiært frifindelse og mere subsidiært formildelse, således at der alene meddeles en advarsel, eller bøden reduceres væsentlig.

Ved afgørelsen af denne sag har der ikke medvirket nævnsmedlemmer, som medvirkede ved afgørelserne af 1. oktober og 17. december 2008.

Sagens øvrige omstændigheder.

Ejendomsmæglerfirmaet MM A/S overtog den 10. oktober 2006 aktiver og medarbejdere i følgende forretningssteder:

Afdeling A
Afdeling B
Afdeling C
Afdeling D

På baggrund af en artikel i dagbladet Børsen om Ejendomsmæglerfirmaet MM A/S rettede Erhvervs- og Byggestyrelsen den 13. september 2007 henvendelse til indklagede med anmodning om dokumentation for overholdelse af kravet i lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 5 om daglig ledelse. Redegørelsen skulle dække perioden fra 1. marts 2007 frem til datoen for styrelsens brev.

Ved skrivelse af 26. september 2007 fremsendte indklagedes advokat en redegørelse, hvoraf blandt andet fremgår følgende:

"...

A. Afdeling A. Fra den 1. marts til 1. juni har den daglige leder været statsaut. ejendomsmægler. Vedkommende fratrådte den 1. juni. Siden da har ledelsen søgt med lys og lygte efter en egnet kandidat (man ansætter ikke hvem som helst blot for at overholde formalia). Der er søgt siden og der er d.d. indgået aftale med statsaut. ejendomsmægler.

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

B. Afdeling B. Butikken drives som franchise, og har siden den 1. februar været beklædt med en statsaut. ejendomsmægler som daglig leder.

C. Afdeling C har haft svært ved i perioden 1. marts til 1. juni at tiltrække en kvalificeret daglig leder, men har i perioder været besat med en statsaut. ejendomsmægler som daglig leder.

D. Afdeling D har stort set kun fungeret som et udstillingsvindue for kunder i (...). Pr. 1. september har virksomheden ansat en afdelingsleder med autorisation.

"...

Erhvervs- og Byggestyrelsen fandt på baggrund af indklagedes redegørelse, at kravene i lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 5, om daglig ledelse ikke havde været opfyldt i flere af indklagedes forretningssteder.

Styrelsen bad derfor i brev af 28. september 2007 om en udførlig dokumentation for, at kravene i lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 5, havde været iagttaget fra tidspunktet for indklagedes overtagelse af forretningsstederne den 10. oktober 2006 frem til datoen for brevets afsendelse.

Som svar herpå oplyste indklagede bl.a. omkring den daglige ledelse af de enkelte forretningssteder:

Afdeling A

Den 1. oktober 2006 opsagde daglig leder, statsaut. ejendomsmægler & valuar, DD sin stilling.

Statsaut. ejendomsmægler KK var ansat frem til den 31. oktober 2006.

Pr. den 1. november 2006 blev statsaut. ejendomsmægler CC ansat som daglig leder. CC opsagde sin stilling med fratrædelse den 31. maj 2007.

Pr. den 26. september 2007 blev statsaut. ejendomsmægler & valuar PP ansat som daglig leder.

Afdeling D

Fra overtagelsen den 10. oktober 2006 frem til den 30. april 2007 var statsaut. ejendomsmægler JJ ansat som daglig leder.

Efter den daglige leders fratræden søgte indklagede efter en afløser i perioden frem til juli måned 2007.

I tiden fra den 12. september 2007 til den 30. november 2007 var statsaut. ejendomsmægler TT ansat som daglig leder.

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

Forretningsstedet blev herefter overtaget af FF 1. februar 2008.

Afdeling C

Forretningsstedet blev ledet af statsaut. ejendomsmægler HH frem til den 30. november 2006.

I perioden mellem den 30. november 2006 til 1. februar 2007 var stillingen som daglig leder ubesat.

Den 1. februar 2007 blev statsaut. ejendomsmægler & valuar FF ansat. Han fratrådte umiddelbart efter ansættelsen den 29. februar 2007.

Stillingen som daglig leder på forretningsstedet henstod ubesat i perioden 1. marts 2007 til den 1. juli 2007.

Fra den 1. juli 2007 til den 1. februar 2008 ansattes statsaut. ejendomsmægler LL som daglig leder. I en overlappende periode fra den 1. november 2007 til den 31. august 2008 ansattes statsaut. ejendomsmægler OO.

Den 1. september 2008 blev statsaut. ejendomsmægler SS ansat som daglig leder.

Afdeling B

Ved overtagelsen den 10. oktober 2006 var daglig leder statsaut. ejendomsmægler & valuar GG, som imidlertid fratrådte umiddelbart herefter den 31. oktober 2006.

Stillingen som daglig leder var ubesat i perioden fra den 1. november 2006 til den 31. januar 2007.

Den 1. februar 2007 blev forretningsstedet overtaget af II og NN.

Den 1. februar 2007 blev statsaut. ejendomsmægler & valuar RR ansat som daglig leder.

Ved brev af 26. juni 2008 forespurgte Erhvervs- og Byggestyrelsen igen om status vedrørende de daglige ledere på forretningsstederne. Styrelsen kunne herefter konstatere, at forretningsstederne på dette tidspunkt alle havde daglige ledere ansat, som opfyldte kravene i lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 5.

Forklaring

Direktøren hos indklagede, AB's, forklaring for landsretten er i dommen gengivet således:

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

"AB har forklaret blandt andet, at en daglig leder stort set er provisionslønnnet og derfor ikke får 125.000 kr. i fast løn om måneden. Hvis en ejendomsmæglervirksomhed har brug for at anvende en ejendomsmæglers autorisation, vil der typisk blive betalt 5.000 – 10.000 kr. herfor om måneden. Det er fast kutyme i (...)området, at ejendomsmæglerne, herunder en daglig leder, er provisionslønnnet.

De første 9 måneder efter, at han købte selskabet, var der en omsætning på 5,2 mill. kr., men et underskud på 6 mill. kr. De ansatte ejendomsmæglerne sagde op, og selskabet havde vanskeligt ved at tiltrække nye ansatte. Han gjorde alt, hvad han kunne, for at få ansat nye ejendomsmæglerne til afdelingerne, men Dansk Ejendomsmæglerforening advarede mod ansættelse i selskabet, og han var branchens sorte får, da han var den første ejer af en ejendomsmæglervirksomhed, som ikke selv var ejendomsmægler. Han indrykkede annoncer på Jobindex. Annoncerne var synlige i 2-3 måneder. Indrykningerne var dyre, og hvis han ændrede i ordlyden, skulle han betale, som for en ny annonce. Teksten var derfor udformet generelt. Det var og er ikke rentabelt for selskabet at ansætte en ejendomsmægler, der alene skal være daglig leder af en afdeling. Det er et krav til alle ansatte, at de har flair for salg, og en daglig leder skal derfor opfylde de krav, der kan stilles til en dygtig sælger.

Han havde organiseret afdelingerne således, at administrationen var samlet ét sted, hvor der var ansat en ejendomsmægler. Den sagsbehandling, der angik modtagelse og oprettelse af sager, udarbejdelse af salgsoptillinger og købsaftaler m.v., blev foretaget derfra. Han har ikke i den periode, hvor han manglede ejendomsmæglerne i en eller flere af filialerne, modtaget klager fra sine kunder. "

Parternes bemærkninger:

Erhvervs- og Byggestyrelsen har i brev af 27. maj 2010 til nævnet uddybet sine synspunkter og har blandt andet henvist til forarbejderne til § 8, stk. 5, i lov om omsætning af fast ejendom.

Styrelsen er af den opfattelse, at kravet til daglig leder af hvert forretningssted er strammet i forbindelse med ophævelse af ejerkravene i 2006, og at bemærkningerne til bestemmelsen, som siger, at man skal afhænde eller afvikle forretningen, hvis kravet ikke kan opfyldes, skal forstås bogstaveligt.

Styrelsen har videre anført, at styrelsens udtalelser alene er af vejledende karakter, og at den endelige afgørelse henhører under domstolene. Styrelsen har ingen afgørelseskompetence i forhold til eventuelle overtrædelser af loven.

Indklagede har påstået sagen afvist og har anført blandt andet, at nævnet efter Østre Landsrets dom af 19. november 2009 ikke har hjemmel til at genoptage sagen. Da der reelt er tale om en straffesag, må genoptagelse forudsætte en direkte og eksplicit lovhjemmel.

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

Sagen bør i øvrigt afvises som følge af inhabilitet hos nævnet, idet der er opstået speciel inhabilitet for hele nævnet. Nævnet har ved de tidligere afgørelse fundet indklagede skyldig i en væsentlig overtrædelse af § 8, stk. 5, og nævnet er herefter inhabil, jf. princippet i retsplejelovens § 60, stk. 1, nr. 6 og § 66. Det vil stride mod EMRK artikel 6, hvis man tillader det samme nævn at træffe afgørelse igen.

Det er endvidere betænkeligt, at Erhvervs- og Byggestyrelsen som klager involveres i sagen som almindelig part, idet styrelsen, som administrerer loven, må afstå fra at kommentere, hvorledes loven skal fortolkes.

Til støtte for de subsidiaire påstande har indklagede anført blandt andet, at der henvises til de i sagen tidligere anførte anbringender og har endvidere anført, at indklagede objektivt set er enig i, at der formelt er sket en overtrædelse af lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 5, idet forretningsstederne for en kortere periode af ca. 3 måneder har været uden daglige ledere i form af ejendomsmæglere.

Indklagede overtog aktiver og medarbejdere på forretningsstederne den 10. oktober 2006, og tegnede i den forbindelse professionel ansvarsforsikring med sikkerhedsstillelse.

I forbindelse med den daglige drift af ejendomsmæglerbutikker er det ikke usædvanligt, at den daglige leder må udskiftes. Når den daglige leder fratræder, er det ikke altid muligt straks at besætte posten med en registreret mægler eller advokat. Det er et generelt problem i branchen og ikke isoleret til indklagedes forretninger.

§ 8, stk. 5, i lov om omsætning af fast ejendom og forarbejderne til denne lov indeholder ikke en nøjagtig angivelse af en frist inden for hvilken, der skal findes en ny daglig leder, som er registreret ejendomsmægler eller advokat, når en stilling bliver ledig. En vis støtte for beregning af fristen findes i den nu ophævede § 8, stk. 6, hvor der i bemærkningerne til denne bestemmelse angives en 1-års frist.

Indklagede finder, at bestemmelsen i øvrigt må fortolkes med betydelig smidighed. Virksomheden var ved overtagelsen nødlidende samt udsat for en delvis uberegtiget mediehetz, som gjorde det svært at fastholde medarbejdere og genbesætte stillinger, når det blev nødvendigt.

Indklagede har søgt ledere via internettet, herunder jobindex, stepstone.dk og egen hjemmeside og via eksisterende ansattes netværk. Det lykkedes at finde daglige ledere på gennemsnitligt 3 måneder. Det vil typisk tage 2-6 måneder at finde en daglig leder med de fornødne kvalifikationer. Rekruttering af en daglig leder sker bedst gennem netværk og ikke ved annoncering.

Ud fra rimeligheds- og proportionalitetsprincipper må der indfortolkes en vis smidighed i bestemmelsen, hvor manglende daglig leder skyldes pludselig sygdom, uventet opsigelse eller andet.

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

Forud for ophævelsen af ejerkravene gjaldt der en fredningsperiode på et år. Denne periode er muligvis mindsket, men hvis det antages, at fredningsperioden skønsmæssigt er 3 måneder, er § 8, stk. 5, ikke overtrådt, da der i de fleste af forholdene gik netop 3 måneder, før indklagede fandt nye daglige ledere. For advokatselskaber og revisorselskaber gælder der fredningsperioder på henholdsvis 1 år og 3 måneder.

Da klagen blev indgivet, var stillingerne besat, og ingen forbrugere har indgivet klage.

Det bestrides som udokumenteret, at indklagede havde et økonomisk incitament til at overtræde loven ved at spare lønninger.

Da der er tale om en straffesag, må klager løfte bevisbyrden for, at indklagede bevidst har overtrådt loven, og enhver usikkerhed må komme indklagede til gode.

Lovens § 8, stk. 5, er konkret ikke overtrådt, hvorfor der bør ske frifindelse.

Subsidiært kan forholdet maksimalt udløse en advarsel, da indklagede ikke bevidst har overtrådt bestemmelsen, særligt under hensyntagen til uklarheden omkring fredningsperiodens længde, og at hensigten ikke har været at opnå en lønbesparelse.

Hvis nævnet finder, at der bør idømmes en bøde, kan overtrædelsen alene karakteriseres som mindre alvorlig, og bøden bør i øvrigt nedsættes på grund af indklagedes undskyldelige uvidenhed om eller misforståelse af lovens § 8, stk. 5, samt sagsbehandlingstiden, idet sagen nu på grund af procedurefejl hos nævnet er over 3 år gammel.

Regelgrundlaget:

Lov om omsætning af fast ejendom blev indført ved lov nr. 453 af 30. juni 1993. Bestemmelsen i § 8, stk. 5 havde følgende ordlyd:

"Ejendomsformidlingsvirksomhed kan drives fra et eller flere forretningssteder. Hvert forretningssteds formidlingsvirksomhed skal være ledet af en ejendomsmægler eller en advokat. Har en ejendomsformidlingsvirksomhed flere forretningssteder, skal hvert forretningssted være ledet af en ejendomsmægler eller en advokat, som skal have denne opgave som hovedbeskæftigelse, og som ikke samtidig må lede et andet forretningssted."

I forarbejderne til loven fremgår om § 8 blandt andet følgende, idet det bemærkes, at lovforslagets 8, stk. 4, inden vedtagelsen blev ændret til stk. 5. (Folketingstidende 1992/1993, 2. samling, Tillæg A, sp. 7741):

"Stk. 4 fastslår, at ethvert forretningssted, hvorfra der drives ejendomsformidlingsvirksomhed, skal have en ejendomsmægler eller en advokat i spidsen for formidlingsvirksomheden. Bestemmelsen er i øvrigt en klargøring og præcisering af reglen i den gældende ejendomsmæglerbe-

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

kendtgørelses § 3, stk. 1, om filialdrift. Bestemmelsen er suppleret med et krav om, at ejendomsmægleren eller en advokat, som leder formidlingsvirksomheden skal have denne opgave som sin hovedbeskæftigelse, ved virksomhedsudøvelse fra flere forretningssteder. Det er hermed ønsket at styrke den ansvarlige leders engagement i virksomhedens drift og således også i betjeningen af forbrugerne.”

Ved lov nr. 605 af 24. juni 2005 blev lov om omsætning af fast ejendom ændret, således at der ikke længere var begrænsninger for, hvilke personer eller selskaber der kan eje en ejendomsformidlingsvirksomhed. Som følge heraf blev lovens § 8 ændret, idet der ikke blev ændret på kravene til udøvelsen af ejendomsmæglervirksomhed.

Af de almindelige bemærkninger til loven fremgår blandt andet følgende (Folketingstidende 2004/2005, 2. samling, Tillæg A, s.7156):

”De personer, som udøver ejendomsformidling over for forbrugerne, skal fortsat opfylde særlige kvalifikationskrav og krav til forsikring. Hvert forretningssted skal fortsat være ledet af en ejendomsmægler eller advokat, som er underlagt professionsansvar over for forbrugerne. Dette skal sikre og opretholde kvaliteten i ejendomsformidlingen. Forslaget om at ophæve ejerkravene har således alene betydning for, hvem der kan være den bagvedliggende ejer af virksomheden. Herved bevares forbrugerbeskyttelsen.”

I de særlige bemærkninger anføres følgende til ændringen af ordet ”drives” til ”udøves” (a.s., s. 7164)

”Til nr. 10

Den gældende bestemmelse i § 8, stk. 6, indeholder en mulighed for at fortsætte driften af en ejendomsformidlingsvirksomhed efter formidlerens død, konkurs m.v., uanset at kravet i stk. 1, ikke er opfyldt. Muligheden gælder indtil 1 år efter dødsfaldet, konkursdekretets afsigelse eller værgemålets iværksættelse.

Som følge af forslaget om at ophæve ejerbegrænsningerne i § 8, stk. 4, 1. pkt., jf. forslagets § 1, nr. 7, foreslås det at ophæve bestemmelsen i § 8, stk. 6. Fremover vil enhver kunne eje en ejendomsformidlingsvirksomhed, og der er således ikke behov for en undtagelsesbestemmelse svarende til den gældende, ligesom der ikke er behov for en 1-års frist med henblik på afvikling eller afhændelse.

Som i dag gælder dog kravet om, at ejendomsformidlingsvirksomheden skal være ledet af en ejendomsmægler eller advokat, jf. § 8, stk. 5. Det betyder, at der i situationer, hvor der kun er knyttet én ejendomsformidler til virksomheden, må tilknyttes en ny ejendomsformidler i tilfælde af

dennes død, konkurs m.v., hvis formidlingsvirksomheden ønskes fortsat. Ellers må der ske afvikling eller afhændelse af virksomheden.”

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

Disciplinærnævnets begrundelse og resultat:

Erhvervs- og Byggestyrelsen har ved brev af 20. marts 2010 over for Disciplinærnævnet fastholdt klagen, der således skal behandles af nævnet jf. § 29 a, stk. 5, i lov om omsætning af fast ejendom.

Disciplinærnævnet finder ikke, at det forhold, at nævnets tidligere afgørelser i sagen er kendt ugyldige ved dom som følge af sagsbehandlingsfejl, kan medføre, at nævnet er afskåret fra under medvirken af andre nævnsmedlemmer på ny at træffe afgørelse i sagen, hvorfor indklagedes principale påstand om afvisning ikke tages til følge.

Det følger af § 8, stk. 5, i lov om omsætning af fast ejendom, at et forretningssted skal ledes af en daglig leder, som har dette hverv som sin hovedbeskæftigelse, og som enten er registreret ejendomsmægler eller advokat. Overtrædelse af bestemmelsen er bødesanktioneret, jf. lovens § 32.

Disciplinærnævnet lægger som ubestridt til grund, at indklagedes forretningssteder har været uden daglig leder, jf. lov om omsætning af fast ejendom § 8, stk. 5, i følgende perioder:

Afdeling A

1. juni 2007 – 25. september 2007, hvilket udgør en periode på 3 måneder og 25 dage uden daglig leder.

Afdeling D

1. maj 2007 – 11. september 2007, hvilket udgør en periode på 3 måneder og 11 dage uden daglig leder.

Afdeling C

30. november 2006 – 1. februar 2007 og 1. marts 2007 – 1. juli 2007, hvilket udgør to perioder på henholdsvis 2 og 4 måneder uden daglig leder

Afdeling B

1. november 2006 – 31. januar 2007, hvilket udgør en periode på 3 måneder uden daglig leder.

Det fremgår ikke af lov om omsætning af fast ejendom eller forarbejderne hertil, hvilken frist der gælder for genbesættelse, når en daglig leder af et forretningssted fratræder sin stilling.

Nævnet finder, at den nu ophævede § 8, stk. 6, i lov om omsætning af fast ejendom er uden betydning for nærværende sag, idet bestemmelsen havde nær sammenhæng med de ligeledes ophævede krav om ejerskabet af ejendomsmæglervirksomheden.

DISCIPLINÆRNÆVNET FOR EJENDOMSMÆGLERE

Kravet om, at den daglige leder skal være enten registreret mægler eller advokat, skal medvirke til at sikre kvaliteten af rådgivningen af forbrugerne. Som følge heraf må den periode et forretningssted må være uden daglig leder på grund af uventet fratræden, sygdom eller andre uforudsete forhold nødvendigvis være relativt kortvarig, hvilket de pågældende perioder ikke kan anses for at være.

Disciplinærnævnet finder derfor, at indklagede har overtrådt § 8, stk. 5, i lov om omsætning af fast ejendom.

Efter de foreliggende oplysninger kan nævnet ikke afvise, at indklagede havde visse og muligvis uforudsete vanskeligheder ved at få stillingerne besat. Henset hertil og til at overtrædelserne fandt sted i 2006/2007 sammenholdt med den samlede sagsbehandlingstid, finder nævnet, at bøden bør fastsættes til 125.000 kr., jf. lov om omsætning af fast ejendom § 29 b, stk. 4.

Nævnet har i øvrigt ved bødens fastsættelse lagt vægt på, at overtrædelserne vedrører 4 forretningssteder beliggende forholdsvis tæt på hinanden.

Thi bestemmes

Indklagede ejendomsformidlingsvirksomhed, Ejendomsmæglerfirmaet MM A/S, (...), 125.000 kr.

Kendelsen offentliggøres, jf. bekendtgørelse om Disciplinærnævn for Ejendomsmæglere § 13, stk. 3.

Lone Bach Nielsen