

Anmälare

NN och YY

Motpart

Mäklaren

Saken

Skadestånd m.m.

BESLUT

Mäklaren rekommenderas att betala 1 000 kr till NN och YY.

YRKANDEN M.M.

NN och YY har yrkat att Mäklaren ska betala 10 000 kr jämte ränta enligt 4 och 6 §§ räntelagen från den 13 november 2018.

Mäklaren har medgett att betala 1 000 kr, men bestridit yrkandet i övrigt.

BAKGRUND

År 2014 förmedlade Mäklaren bostadsrätten till en lägenhet i Storstad på uppdrag av NN och YY. År 2018 förmedlade Mäklaren återigen samma lägenhet. Vid förmedlingen 2018 använde han en del av de bilder på lägenheten som användes vid förmedlingen 2014.

NN och YY har begärt ersättning för bildanvändningen enligt de grunder som framgår nedan.

GRUNDER

NN och YY

Mäklaren är ersättningsskyldig för det otillåtna nyttjandet av bilderna, i första hand eftersom parterna genom konkludent handlande avtalat om att Mäklaren ska ersätta dem med 10 000 kr för bildanvändningen, i andra hand på grund av reglerna om obehörig vinst.

Avtal om ersättning

Enligt god fastighetsmäklarsed måste en tidigare uppdragsgivare samtycka till att bilder från ett tidigare förmedlingsuppdrag får användas för en ny publicering. Mäklaren försökte aldrig inhämta något sådant samtycke innan den nya publiceringen och något samtycke har inte heller getts.

De upptäckte den nya annonseringen av en slump och kontaktade därför Mäklaren den 11 november 2018 och påtalade det otillåtna agerandet. Mäklaren svarade dagen efter att han inte ansåg att det var nödvändigt att inhämta något samtycke. Efter viss ytterligare skriftväxling frågade Mäklaren den 13 november 2018 om de önskade att bilderna skulle tas bort. Eftersom samtliga intressenter till lägenheten vid det laget redan hade sett bilderna ansåg de att skadan redan var skedd och erbjöd Mäklaren att fortsätta använda bilderna mot en ersättning om 10 000 kr. Mäklaren återkom på eftermiddagen dagen efter och meddelade att han tagit nya bilder och tagit bort de tidigare bilderna. Lägenheten såldes samma dag.

Med anledning av agerandet anmälde de Mäklaren till Fastighetsmäklarinspektionen, som genom beslut den 28 augusti 2019 meddelade Mäklaren en erinran.

Mäklaren tog inte omedelbart bort bilderna efter deras invändning den 12 november 2018, något som utan tvekan hade varit tekniskt möjligt. Mäklaren valde även att fortsätta publicera bilderna efter att deras ersättningsanspråk framställdes den 13 november. Bilderna togs bort först efter att ersättande bilder hade tagits, sannolikt för att inte riskera att objektet skulle sakna utsikts-/balkongbilder. Genom detta agerande prioriterade Mäklaren sin egen ekonomiska vinning framför deras rättigheter. Genom underlåtenheten att ta bort bilderna accepterade Mäklaren genom konkludent handlande accepterat de villkor som de framförde för fortsatt publicering. Hade Mäklaren inte velat acceptera villkoren hade det varit enkelt för honom att omgående ta bort bilderna. Eftersom objektet såldes innan visning den 14 november kan det noteras att objek-

tet marknadsfördes med "deras" bilder under i allt väsentligt hela försäljningsperioden. Mäklaren är på denna grund skyldig att utge avtalad ersättning om 10 000 kr jämte ränta från den dag avtalet ingicks.

Obehörig vinst

Om nämnden inte anser att ersättning bör utgå på avtalsrättslig grund, anser de att ersättning under alla förhållanden ska utgå med stöd av den allmänna rättsgrundsatsen om obehörig vinst.

De anser att Mäklaren har dragit otillbörlig fördel av det relativt omfattande arbete som nedlades av dem för att förbereda lägenheten inför, under och efter fotograferingen av lägenheten. Fotografens arvode har också indirekt betalats av dem genom deras erläggande av mäklararvode till Mäklaren.

Mäklaren agerande har varit till ekonomisk fördel för Mäklaren och säljarna av lägenheten i form av ökad köpeskilling/mäklararvode och till motsvarande skada för dem enligt principen om obehörig vinst.

Det vore stötande om en fastighetsmäklare kunde utnyttja en tidigare kunds arbete, i strid med god fastighetsmäklarsed, och därmed avsevärt förbättra möjligheten att få objektet sålt till ett högre pris och därmed till ett högre mäklararvode, utan att behöva ersätta den tidigare kunden för detta.

Enligt principen om obehörig vinst ska hela den vinst som uppstått genom det obehöriga agerandet, i detta fall värdeökningen på objektet och den därmed sammankopplade ökningen av mäklararvodet, tillfalla den förfördelade parten. Hur mycket Mäklarens arvode ökat genom det otillåtna nyttjandet av "deras" bilder är omöjligt att bevisa, då de inte vet hur stor provision Mäklaren fick i den senare försäljningen. Det bör dock anses tala för deras sak att de bilder som användes var de sex första i bildserien, och således ansågs vara de mest säljande, och att bilderna utgjorde cirka 22 procent av det totala antalet bilder vid marknadsföringen. Därav kan man dra slutsatsen att "deras" bilder utgjorde en väsentlig anledning till att sådan uppmärksamhet kunnat dras till objektet att det kunnat säljas innan visning till en köpeskilling som väsentligt översteg utgångspriset.

Mäklaren

Bostaden började marknadsföras den 6 november 2018. Den 11 november mottog han en reklamation från NN. Han besvarade reklamationen den 12 november och uppgav att han inte tyckte att det var nödvändigt att inhämta samtycke då

han använde bilder på balkong och utsikt samt att bilderna enligt upphovsrättslagen ägdes av fotografen.

Samma dag, den 12 november, fick han svar från NN. Han besvarade detta den 13 november och frågade om NN önskade att han skulle ta bort bilderna. Samma dag skrev NN han inte önskade detta utan att han krävde en ersättning om 10 000 kr. Samma dag, den 13 november 2018, lät han fotografera balkongen/utsikten på nytt.

På morgonen den 14 november tog han bort utsikts- och balkongbilder och ersätter dessa med nya bilder. I samråd med en jurist på Mäklarsamfundet besvarade han NN:s skadeståndskrav med följande motivering:

”Vi har fått besked från våra jurister på Mäklarsamfundet att det inte föreligger någon grund för ersättning, då det inte föreligger något åsidosättande av regel från mitt håll. Samt ingen skada från ert håll. Jag tog bort bilderna i morse och lagt upp nya bilder.”

Han har både rådfrågat jurist på Mäklarsamfundet samt de fotografer som han samarbetar med och kommit fram till följande slutsats. De bilder fotografen tar är fotografiska verk enligt upphovsrättslagen och säljaren har ingen rätt att stoppa en eventuell ompublicering, såvida det inte finns något i bilden som kan kränka säljarens integritet. Det gäller ytterst personliga saker som direkt kan kopplas till en viss person så som porträttbilder egen signerad konst och liknande.

Avbildande av möbler, växter, tapeter, inredningsprylar, textilier, utsikt från fönster och balkong osv. är inte personliga och kan inte anses som kränkande av den personliga integriteten.

NN och YY har inte lidit någon ekonomisk skada. Vidare är 10 000 kr för sex bilder och städning av en balkong helt orimligt.

Någon ekonomisk vinning för honom i form av högre arvode kan inte heller påvisas. Enligt uppdragsavtal avtalades ett arvode om 47 500 kr plus tio procent på den del av köpeskillingen som översteg 5 850 000 kr. Lägenheten såldes för 5 800 000 kr.

Att Fastighetsmäklarinspektionen har ansett att det står i strid med god fastighetsmäklarsed att återanvända bilder på det sätt som skett, är inte detsamma som att man har rätt till en ekonomisk ersättning. Dock kan han som goodwill gå med på en ersättning om totalt 1 000 kr, motsvarande cirka 22 procent av verkliga kostnader för fotografering samt städkostnader av balkongen.

NN och YY har genmält:

Det är anmärkningsvärt att Mäklaren framhärdat i uppfattningen att publiceringen av bilderna var tillåten och att de som tidigare säljare inte hade någon rätt att stoppa en opublicering, trots att Fastighetsmäklarinspektionen i sitt avgörande kom fram till helt annan slutsats, det vill säga att opublicering förutsätter godkännande av tidigare säljare.

De kan därutöver konstatera att det av Mäklarens skrift framgår att han mottog och förstod innebörden av det erbjudande om fortsatt publicering mot ersättning som de lämnade den 13 november 2018 och att publiceringen av bilderna fortsatte under en väsentlig tid därefter. Det är möjligt att Mäklaren fortsatta nyttjande av bilderna grundade sig i en tro om att nyttjandet var tillåtet, men när det kunnat konstateras att någon rätt till publicering utan godkännande inte förelåg är Mäklaren, genom sitt konkludenta handlande, bunden till de villkor som förelåg enligt avtalet.

UTREDNINGEN

Nämnden har tagit del av beslutet från Fastighetsmäklarinspektionen och de sex omstridda bilderna. Bilderna är snarlika och visar främst balkongen och utsikten från den.

NÄMNDENS BEDÖMNING

Det har inte gjorts gällande att NN och YY skulle ha upphovsrätt till bilderna. Det är alltså inte fråga om vederlag eller skadestånd enligt upphovsrättslagen. NN och YY har i stället gjort gällande att ett avtal om ersättning har träffats mellan parterna, alternativt att ersättning ska utgå enligt rättsfiguren obehörig vinst.

Att Mäklaren fortsatte att använda bilderna någon dag efter det att NN och YY hade framställt krav på ersättning, kan inte ses som att Mäklaren genom konkludent handlande medgav att betala de begärda 10 000 kr.

Omständigheterna är inte heller sådana att ersättning kan utgå på grund av obehörig vinst. Nämnden tillägger att givet Mäklarens provisionsvillkor, som han redogjort för i ärendet, förutsätter yrkandet om 10 000 kr att priset för bostadsrätten ökade med 150 000 kr enbart på grund av bildanvändningen, något som är uppenbart orimligt.

Vid denna bedömning saknas det anledning att ta ställning till om Mäklarens agerande överhuvudtaget stred mot god mäklarsed, så som Fastighetsmäklarinspektionen ansåg i sitt beslut. Nämnden noterar dock att ingen av de sex bilderna innehöll någon personuppgift, det vill säga något som kunde användas för att identifiera en fysisk person.

Sammanfattningsvis anser alltså nämnden att Mäklaren inte har ådragit sig någon ersättningsskyldighet. Eftersom han medgett att betala 1 000 kr, ska han dock rekommenderas att betala det beloppet till NN och YY.

På nämndens vägnar:

Folke Grauers

INFORMATION

I beslutet har deltagit: professor Folke Grauers, ordf, Ulf Stenberg, Villaägarnas Riksförbund, Ismahan Ayranci, Konsumentvägledarnas förening, Cecilia Collin, Konsumentvägledarnas förening, Björn Willborg, fastighetsmäklare, Per Isberg, fastighetsmäklare och Guy Wallster, fastighetsmäklare. Ärendet har föredragits av jur kand Magnus Melin. Nämndens beslut är enhälligt.

Beslutet kan inte överklagas. Omprövning av beslutet kan endast ske under de förutsättningar som anges i 17 § i nämndens stadgar. Den som har begärt ersättning av en fastighetsmäklare och är missnöjd med beslutet kan väcka talan i allmän domstol.