

## OM "ÖVERFÖRING TILL ALLMÄNHETEN" OCH BEVISMEDEL I DOMSTOL

*Generaladvokaten Gerard Hogard har i förslag till förhandsavgörande från EU-domstolen, den 3 september 2020, bland annat besvarat Patent- och marknadsöverdomstolen (PMÖD) frågor rörande begreppet "allmänhet" i art. 3.1 respektive 4.1 i Infosoc-direktivet<sup>1</sup> respektive om en allmän domstol ska anses utgöra en allmänhet i dessa artiklars mening. Generaladvokatens svar är att åtgärden att ge in ett upphovsrättsligt skyddat verk som bevisning till domstol via e-post vare sig kan anses utgöra överföring eller spridning till allmänheten. Detta väcker dock på nytt frågan om hur upphovsrättsligt skyddat material ska kunna säkras som bevismedel och ges in till svensk domstol och om rättsläget möjligen är på väg att skifta.*

PMÖD:s frågor till EU-domstolen har föranletts av ett mål rörande intrång i upphovsrätten till ett fotografi. Två privatpersoner hade under ett stort antal år varit i konflikt med varandra och använt sina hemsidor för att kommunicera i denna konflikt. På ömsom sidor hade därför parterna väckt talan om skadestånd på grund av förtal och i samband med denna process åberopat och gett in skärmdumpar från dessa hemsidor som å ena sidan innehöll ett fotografi och å andra sidan en text. Parterna väckte talan mot varandra med ömsesidiga yrkanden om ersättning för upphovsrättsintrång genom exemplarframställning respektive och tillgängliggörande till allmänheten av de upphovsrättsligt skyddade verken. I Patent- och marknadsdomstolen (PMD) konstaterades att texten respektive fotografiet i och för sig var skyddat av upphovsrätt och att exemplarframställningen liksom ingivandet (spridningen) utgjorde otillåtna förfoganden. Däremot fann PMD att det ifråga om texten funnits ett legitimt intresse att använda den som del av stämningsansökan och att åtgärden därför föll in under undantaget för användning av upphovsrättsligt skyddade verk i rättsvårdens intresse.<sup>2</sup> Detsamma hade inte kunnat visas ifråga om fotografiet varvid detta ansågs utgöra ett intrång. Emellertid kunde parten inte visa någon skada varför båda parternas talan avslogs. Målet överklagades enbart ifråga om fotografiet och under handläggningen i PMÖD, efter att det tydliggjorts att bevisningen skickats till domstolen via e-post, väcktes frågan om de upphovsrättsliga förfogandena utöver exemplarframställning och spridning även utgjorde en otillåten överföring till allmänheten.

I generaladvokatens förhandsavgörande konstateras inledningsvis att översändandet per e-post utgör en överföring enligt art. 3.1 i Infosoc-direktivet, men däremot inte spridning av verket enligt art. 4.1 i Infosoc-direktivet. Skälet till denna slutsats är att spridning förutsätter en fysisk kopia av verket.<sup>3</sup> Den relevanta frågan blev istället om en domstol kan anses utgöra en "allmänhet". Enligt generaladvokatens bedömning kan normalt inte en överföring av upphovsrättsligt skyddat material

<sup>1</sup> EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

<sup>2</sup> Se 2 kap. 26 b § andra stycket upphovsrättslagen samt PMFT 2158-17 s. 12 – 17.

<sup>3</sup> Generaladvokaten hänvisar i detta avseende till EU-domstolens avgöranden *Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers* (C- 263/18, EU:C:2019:111) samt *Syed* (C- 572/17, EU:C:2018:1033). Det senare i syfte att klargöra att ingivandet av ett fotografi som bevisning i ett mål inte kan anses utgöra försäljning eller en äganderättsövergång till verket eller ens en förberedelse till en sådan försäljning.

till tredje parter som utövar administrativa eller dömande funktioner<sup>4</sup> anses utgöra en "överföring till allmänheten" i den mening som avses i artikel 3.1 i Infosoc-direktivet, "just därför att dessa personer, även om de inte tillhör en privat krets som sådan, ändå är begränsade av sina officiella funktioners karaktär". Individerna på domstolen har heller ingen rätt att behandla upphovsrättsligt skyddat material som om det inte skyddades av upphovsrätt. Det är även så att överföringen i sig, genom ingivandet till domstolen, sker till en "klart avgränsad och begränsad sluten krets av personer som utövar sina funktioner i det allmännas intresse och som [...] är bundna av rättsliga och etiska regler om bland annat användning och utlämnande av information och bevisning som mottas i samband med rättsliga förfaranden". Domstolen kan därför inte anses utgöra en "allmänhet", enligt Generaladvokaten. Det står klart att generaladvokaten i sin bedömning fäster stor vikt vid det förhållandet att överföringen saknar självständig ekonomisk betydelse för upphovsrättsinnehavaren samt att mottagarna – dvs. domstolen och dess tjänstemän samt eventuella personer ur allmänheten som begär att få ta del av materialet – därigenom inte ges rätt att fritt förfoga över det.<sup>5</sup> Sammanfattningsvis konkluderar generaladvokaten att en parts elektroniska ingivande till en domstol av upphovsrättsligt skyddat material som bevisning i ett mål varken utgör en "överföring till allmänheten" eller en "spridning till allmänheten" i den mening som avses i artikel 3.1 respektive artikel 4.1 i Infosoc-direktivet.

Det har i Sverige, allt sedan Göta hovrätts dom den 15 oktober 2014<sup>6</sup>, varit högst omdebatterat att när bevisning i form av exempelvis skärmdumpar åberopas och ges in till domstol kan detta anses utgöra ett upphovsrättsintrång. Frågan har prövats i ett flertal fall och det står klart att det enligt äldre svensk rättspraxis utgör en otillåten exemplarframställning att reproducera ett upphovsrättsligt skyddat verk i syfte att ge in det till domstolen som bevis.<sup>7</sup> När det fysiska exemplaret sedermera ges in till domstolen har det ansetts kunna utgöra en spridning till allmänheten.<sup>8</sup> När det dock gäller ingivandet av en elektronisk kopia via e-post har det fastslagits att det inte utgör en spridning till allmänheten eller överföring till allmänheten, eftersom domstolen då inte kunde anses omfattas av begreppet "allmänheten".<sup>9</sup>

Om generaladvokatens förhandsavgörande godtas av EU-domstolen kommer den svenska uppfattningen att en domstol inte utgör en "allmänhet", i vart fall i de fall det är fråga om elektroniska kopior (överföring till allmänheten) fastställas. Emellertid är det mer tveksamt om en sådan utgång kommer förändra uppfattningen att en domstol är en allmänhet i det fallet att ett otillåtet fysiskt

---

<sup>4</sup> Generaladvokaten utesluter i och för sig inte i sin bedömning att myndigheter och domstolar mycket väl kan tänkas överstiga "ett visst minimikrav" vad avser antalet potentiellt berörda personer.

<sup>5</sup> Generaladvokatens slutsats förändras alltså inte av att det upphovsrättsligt skyddade verket blir en allmän handling som, om den inte skyddas av sekretess enligt 31 kap. 23 § offentlighets- och sekretesslagen, kan bli tillgänglig för allmänheten.

<sup>6</sup> Mål nr FT 311-13.

<sup>7</sup> Se Göta hovrätts dom i mål FT 311-13 och Patent- och marknadsöverdomstolens domar i målen PMFT 2585-17 och PMFT 4717-18.

<sup>8</sup> Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål PMFT 4717-18 meddelad den 7 december 2018.

<sup>9</sup> Se Patent- och marknadsöverdomstolens dom i mål PMFT 2585-17 där hänvisning gjordes till Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379) vid bedömningen av om domstolen skulle anses utgöra en allmänhet.

exemplar ges in domstolen (spridning).<sup>10</sup> Den i Sverige rådande diskrepansen mellan å ena sidan elektroniskt ingivna exemplar å andra sidan digitalt ingivna exemplar kan tyckas något underlig då de resonemang rörande förfogandets ekonomiska betydelse för upphovsmannen liksom offentlighetsprincipen är tillämpliga oavsett hur det upphovsrättsligt skyddade verket kommit in till domstolen. Samma resonemang kan rimligen även appliceras på exemplarframställningen i sig.

Det är mot bakgrund av det ovanstående särskilt intressant att generaladvokaten tar den principiella utgångspunkten att det vore en allvarlig inskränkning i en parts rätt till försvar om det inte skulle vara möjligt för part att inge bevisning till en domstol eftersom annan part eller tredje part hävdar upphovsrättsligt skytt till detta bevis.<sup>11</sup> I en fotnot anger generaladvokaten att själva begreppet "rättvis rättegång" inbegriper principen om parternas likställighet i processen som i sin tur kräver att varje part ges en rimlig möjlighet att lägga fram sin sak och sin bevisning på villkor som inte ger denne väsentliga nackdelar gentemot motparten.<sup>12</sup> Enligt generaladvokatens uppfattning är "*själva syftet med den möjlighet att föreskriva undantag eller inskränkningar i det upphovsrättsliga skyddet för användning i administrativa och rättsliga förfaranden som föreskrivs i artikel 5.3 e i direktiv 2001/29 är att undvika en sådan risk*".

Emellertid var frågan om tillämpningen av art. 5.3 e i Infosoc-direktivet inte aktuell för generaladvokatens (eller EU-domstolens) bedömning.<sup>13</sup> Detta är olyckligt eftersom det alltså finns en osäkerhet i svensk rätt om undantaget i 2 kap. 26 b § andra stycket upphovsrättslagen kan tillämpas vid exemplarframställning av upphovsrättsligt skyddade verk i bevissäkringssyfte.<sup>14</sup> I PMÖD:s senaste avgörande<sup>15</sup> anförde PMÖD att en objektiv bedömning i det enskilda fallet måste genomföras, med beaktande av att kravet inte kan ställas alltför högt på den enskilde att visa att användningen av det skyddade alstret har skett i rättsvårdens intresse. Om ett exemplar av ett upphovsrättsligt skyddat alster kan antas ha haft betydelse i processen ska undantaget således äga tillämpning.<sup>16</sup>

Den slutsats som kan dras från det ovanstående är att både generaladvokaten och PMÖD är överens om att det ur ett rättssäkerhetsperspektiv närmast är nödvändigt att i vissa fall tillåta exemplarframställning vid bevissäkring och att det efterföljande ingivandet inte ska utgöra ett upphovsrättsligt relevant förfogande.<sup>17</sup> Det krävs dock ett medvetet övervägande innan åtgärderna vidtas och att man tydligt säkerställt att det upphovsrättsligt skyddade verket har betydelse som bevis. Denna utveckling på rättsområdet är välkommen då medel såsom editionsyrkanden eller att

<sup>10</sup> PMÖD ställde i sin begäran om förhandsavgörande en fråga till EU-domstolen om begreppet "allmänhet" ska tolkas olika i de olika bestämmelserna, men generaladvokaten ansåg tyvärr inte att frågan kunde besvaras inom ramen för det aktuella målet eftersom det stod klart att det bara gällde elektroniskt ingivna exemplar.

<sup>11</sup> Se rätten till effektiva rättsmedel och en opartisk domstol vilket garanteras i art. 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

<sup>12</sup> Se fotnot 18 i förslaget till avgörande med hänvisning till Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684).

<sup>13</sup> Art. 5.3 e i Infosoc-direktivet har implementerats i svensk rätt genom 2 kap. 26 b § andra stycket upphovsrättslagen.

<sup>14</sup> I PMÖD:s dom i mål nr PMFT 4717-18 har emellertid klarlagts att undantaget även kan tillämpas vid enskildas användning med hänvisning till rätten till en rättvis rättegång.

<sup>15</sup> PMFT 4717-18.

<sup>16</sup> Se PMFT 4717-18.

<sup>17</sup> PMD:s resonemang i mål PMT 2158-17 s. 14 ger stöd för motsvarande ställningstagande.

be en potentiell motpart om samtycke till exemplarframställningen har varit mycket trubbiga verktyg för att säkra parts rätt.

Det finns ännu inte någon uppgift om när EU-domstolen kommer avgöra frågan slutligt, men vi kommer bevaka utgången.

Vid frågor rörande användning av upphovsrättsligt skyddade verk är du välkommen att vända dig till Elin Etéus eller Wendela Hårdemark.