Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
GERARD HOGAN
föredraget den 3 september 2020 [1]

**Mål C-637/19**

**BY**
**mot**
**CX**

(begäran om förhandsavgörande från Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen, Sverige)

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2001/29/EG – Harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter – Artikel 3.1 – Rätt till överföring till allmänheten – Artikel 4.1 – Spridningsrätt – Innebörden av uttrycket ’allmänheten’ – Ingivande till domstol av en kopia av ett skyddat verk som bevisning – Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna – Artikel 47 – Rätt till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol – Artikel 17.2 – Skydd för immateriell egendom”

## I. Inledning

1. Förevarande begäran om förhandsavgörande, som inkom till EU-domstolens kansli den 27 augusti 2019, har sitt ursprung i en tvist mellan två privatpersoner, BY och CX, i ett civilrättsligt förfarande [2] som för närvarande pågår vid Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Stockholm, Sverige). I begäran aktualiseras frågor av viss vikt beträffande samspelet mellan unionens upphovsrättslagstiftning och nationell informationsfrihet, jämte rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol (som garanteras i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna) (nedan kallad stadgan).

2. Utgör särskilt röjandet i nationell domstol av ett upphovsrättsligt skyddat verk (i detta fall ett fotografi) en ”överföring till allmänheten” och/eller ”spridning till allmänheten” i den mening som avses i artiklarna 3.1 och 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället? [3]

3. Innan jag går vidare är det emellertid nödvändigt att först fastställa vilka rättsliga bestämmelser som är relevanta.

1 Originalspråk: engelska.

2 Det kan noteras att det inte klart framgår av begäran om förhandsavgörande vilken typ av civilrättsligt förfarande som egentligen är i fråga eller huruvida den aktuella bevisningen är relevant inom ramen för detta förfarande.

3 EGT L 167, 2001, s. 10.

## II. Tillämpliga bestämmelser

### *A. Folkrätt*

4. Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO) antog WIPO-fördraget om upphovsrätt (nedan kallat WCT) i Genève den 20 december 1996. WCT godkändes därefter på Europeiska gemenskapens vägnar genom rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000. [4]

5. I artikel 6 WCT, med rubriken ”Spridningsrätt”, anges följande:

”1. Upphovsmän till litterära och konstnärliga verk skall ha ensamrätt att tillåta att original och kopior av deras verk görs tillgängliga för allmänheten genom försäljning eller annan överlåtelse av äganderätten.

…”

### *B. Unionsrätt*

6. Skälen 3, 9, 10, 15 och 31 i direktiv 2001/29 har följande lydelse:

”(3) Den föreslagna harmoniseringen kommer att underlätta genomförandet av den inre marknadens fyra friheter och har samband med efterlevnaden av de grundläggande rättsprinciperna och särskilt avseende äganderätt, inklusive immaterialrätt, samt yttrandefrihet och allmänintresset.

…

(9) Utgångspunkten för en harmonisering av upphovsrätt och närstående rättigheter måste vara en hög skyddsnivå, eftersom dessa rättigheter har en avgörande betydelse för det intellektuella skapandet. Skyddet av dem bidrar till att bevara och utveckla kreativiteten och gagnar upphovsmän, utövande konstnärer, producenter, konsumenter, kultur, näringsliv och allmänhet. Immaterialrätt har därför erkänts som en integrerad del av äganderätten.

(10) För att upphovsmännen och de utövande konstnärerna skall kunna fortsätta med sin skapande och konstnärliga verksamhet måste de få en skälig ersättning för utnyttjandet av sina verk och detsamma gäller producenterna som måste kunna finansiera denna verksamhet. De investeringar som krävs för att producera varor, t.ex. fonogram, filmer eller multimedieprodukter, och tjänster, t.ex. sådana som tillhandahålls på begäran, är betydande. Ett tillfredsställande rättsligt skydd av immateriella rättigheter är nödvändigt för att säkerställa sådan ersättning och för att möjliggöra en tillfredsställande avkastning på investeringarna.

…

(15) Den diplomatkonferens som hölls under ledning av Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO) i december 1996 utmynnade i att två nya fördrag antogs, WIPO-fördraget om upphovsrätt och WIPO-fördraget om framföranden och fonogram, som behandlar skydd för upphovsmän respektive skydd för utövande konstnärer och fonogramproducenter. Genom dessa fördrag uppdateras det internationella skyddet av upphovsrätt och närstående rättigheter i betydande utsträckning, inte minst i fråga om den så kallade digitala agendan, och möjligheterna för att bekämpa piratkopieringen runt om i världen förbättras. Gemenskapen och en majoritet av

4 Rådets beslut 2000/278/EG av den 16 mars 2000 om godkännande på Europeiska gemenskapens vägnar av WIPO:s fördrag om upphovsrätt och WIPO:s fördrag om framförande och fonogram (EGT L 89, 2000, s. 6).

medlemsstaterna har redan undertecknat fördragen, och förberedelseprocessen för gemenskapens och medlemsstaternas ratificering av fördragen pågår. Genom detta direktiv uppfylls också ett antal av dessa nya internationella förpliktelser.

…

(31) En skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos de olika kategorierna av rättsinnehavare samt mellan de olika kategorierna av rättsinnehavare och användarna av skyddade alster måste upprätthållas. De befintliga undantag och inskränkningar från rättigheterna som fastställts av medlemsstaterna måste bli föremål för en ny bedömning där hänsyn tas till den nya elektroniska miljön. De skillnader som finns i fråga om undantag och inskränkningar, då det gäller vissa handlingar som omfattas av ensamrättigheter, har en direkt negativ inverkan på hur den inre marknaden för upphovsrätt och närstående rättigheter fungerar. Sådana skillnader kan mycket väl bli mer uttalade på grund av den vidare utvecklingen av gränsöverskridande utnyttjande av verk samt av verksamheter som sker över nationsgränser. För att säkerställa en väl fungerande inre marknad bör dessa undantag och inskränkningar ges en mer harmoniserad definition. Harmoniseringsgraden bör vara beroende av undantagens effekter på den inre marknadens förmåga att fungera väl.”

7. I artikel 3 i direktivet, som har rubriken ”Rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten”, föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

…”

8. I artikel 4 i direktiv 2001/29, med rubriken ”Spridningsrätt”, anges följande:

”1. Medlemsstaterna ska ge upphovsmän en ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta.

…”

9. I artikel 5 i direktiv 2001/29, som har rubriken ”Undantag och inskränkningar”, föreskrivs följande i punkt 3:

”Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 i följande fall:

…

e) Användning i den allmänna säkerhetens intresse eller för att garantera ett korrekt genomförande eller en korrekt rapportering av ett administrativt, parlamentariskt eller rättsligt förfarande.

…”

### *C. Nationell lagstiftning*

10. I 2 § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (nedan kallad upphovsrättslagen) föreskrivs följande:

”Upphovsrätt innefattar, med de inskränkningar som föreskrivs i det följande, uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det och genom att göra det tillgängligt för allmänheten, i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konstart eller i annan teknik.

Framställning av exemplar innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis.

Verket görs tillgängligt för allmänheten i följande fall:

1. När verket överförs till allmänheten. Detta sker när verket på trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket. Överföring till allmänheten innefattar överföring som sker på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till verket från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer.

…

4. När exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten.

Med överföring till allmänheten och offentligt framförande jämställs överföringar och framföranden som i förvärvsverksamhet anordnas till eller inför en större sluten krets.”

11. I 49 a § upphovsrättslagen anges följande:

”Den som har framställt en fotografisk bild har uteslutande rätt att framställa exemplar av bilden och göra den tillgänglig för allmänheten. Rätten gäller oavsett om bilden används i ursprungligt eller ändrat skick och oavsett vilken teknik som utnyttjas.”

12. I 2 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen föreskrivs att till främjande av ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning ska var och en ha rätt att ta del av allmänna handlingar. Tryckfrihetsförordningen är en av fyra grundlagar i Sverige med en särskild och speciell status som ligger nära den som en konstitution har i andra medlemsstater.

13. Av tryckfrihetsförordningen framgår vidare att bland annat handlingar som ges in till en domstol utgör allmänna handlingar, oavsett i vilken form och på vilket sätt de ges in. 2 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen innebär att vem som helst kan få ut en handling som lämnats in till en domstol. Från denna huvudregel finns det dock undantag för uppgifter som omfattas av sekretess.

14. Som huvudregel gäller handlingsoffentligheten även handlingar som omfattas av upphovsrätt eller närstående rättigheter.

## III. Bakgrund till det nationella målet och begäran om förhandsavgörande

15. BY och CX är båda fysiska personer som har var sin webbplats. I samband med en föregående tvist mellan parterna inför allmän domstol ingav CX en kopia av en textsida med ett fotografi från BY:s webbplats som bevisning i det målet. Fotografiet ingår därmed i handlingarna i målet.

16. BY har hävdat sig ha upphovsrätt till fotografiet och har yrkat skadestånd av CX för i första hand upphovsrättsintrång och i andra hand för intrång i det särskilda skyddet för fotografiska bilder enligt 49 a § upphovsrättslagen. CX har bestritt skadeståndsskyldighet och har gjort gällande att utlämnandet av materialet inom ramen för en rättegång inte utgjorde ett intrång i upphovsrätten.

17. I första instans bedömde Patent- och marknadsdomstolen (Sverige) att fotografiet var skyddat såsom en till upphovsrätten närstående rättighet, det vill säga det särskilda skyddet för fotografiska bilder. Den konstaterade emellertid att genom att fotografiet hade givits in till domstolen som inlaga, kunde vem som helst begära att få del av det med stöd av de bestämmelser som gäller enligt svensk grundlag om handlingsoffentlighet. Patent- och marknadsdomstolen (Sverige) slog fast att CX hade spridit fotografiet till allmänheten i upphovsrättslagens mening, men ansåg emellertid att det inte var visat att BY hade lidit någon skada och avslog därför talan.

18. BY överklagade domen till den hänskjutande domstolen.

19. Den hänskjutande domstolen anser att den bland annat har att ta ställning till om det utgör ett otillåtet upphovsrättsligt förfogande i den nationella upphovsrättslagens mening, i form av en spridning eller överföring till allmänheten, att ge in en kopia av det aktuella fotografiet till domstol såsom ett led i förfarandet.

20. Det är ostridigt att fotografiet skickades till den allmänna domstol som handlade målet i form av en elektronisk kopia per e-post. Den hänskjutande domstolen vill även klarlägga huruvida en domstol i detta avseende kan anses innefattas i begreppet ”allmänheten”.

21. Den hänskjutande domstolen har framhållit att det råder oklarhet om hur begreppen ”överföring till allmänheten” och ”spridning till allmänheten” ska tolkas enligt unionsrätten, när det är fråga om ingivandet av ett upphovsrättsligt skyddat verk till en domstol i ett tvistemål. Frågan uppkommer då huruvida en domstol kan anses innefattas i begreppet ”allmänheten” i den mening som avses i direktiv 2001/29 och vidare huruvida uttrycket ”allmänheten” ska ges samma innebörd vid tillämpningen av artiklarna 3.1 respektive 4.1 i direktiv 2001/29.

22. Den hänskjutande domstolen har noterat att EU-domstolen har slagit fast att uttrycket ”allmänheten” avser ett obestämt antal potentiella tittare eller åhörare och dessutom förutsätter att det är fråga om ett ganska stort antal personer. EU-domstolen har vidare påpekat att det är fråga om att förfara på ett sådant sätt att ett verk kan uppfattas på varje lämpligt sätt av ”personer i allmänhet”, i motsats till vissa bestämda personer tillhörande en privat krets. [5]

23. Det framgår även av EU-domstolens praxis att begreppet ”spridning”, i den mening som avses i artikel 4.1 i direktiv 2001/29, ska anses ha samma innebörd som orden ”görs tillgängliga för allmänheten genom försäljning” i artikel 6.1 WCT. Det synes emellertid framgå av dom av den 13 maj 2015, Dimensione Direct Sales och Labianca (C-516/13, EU:C:2015:315), att det, för att det ska anses vara fråga om en ”spridning till allmänheten”, är tillräckligt att det skyddade verket har levererats till en person ur allmänheten.

24. Det är också nödvändigt att fastställa huruvida det är fråga om en ”överföring till allmänheten” eller en ”spridning till allmänheten” när en handling ges in till en domstol, och ingivandet har samma effekt och fyller samma syfte oavsett om det sker i form av en fysisk (pappers)kopia eller en bilaga till ett e-postmeddelande.

5 Se dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkterna 41 och 42 och där angiven rättspraxis).

25. Enligt den hänskjutande domstolen kan varken den hänskjutande domstolen själv eller dess personal anses utgöra ”allmänheten” i ordets allmänna bemärkelse. De kan emellertid inte heller anses tillhöra en privat krets.

26. Den hänskjutande domstolen anser därutöver att antalet personer som i samband med förfogandet kan ta del av verket visserligen är begränsade till de anställda vid domstolen, men att antalet kan variera och som utgångspunkt är ett ganska stort antal. Slutligen föreskrivs i svensk rätt att var och en har rätt att ta del av en handling som har inkommit till en domstol.

27. Mot denna bakgrund har den hänskjutande domstolen beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1. Ska uttrycket ’allmänheten’ i artiklarna 3.1 och 4.1 i direktiv [2001/29] anses ha en enhetlig innebörd?

2. Om svaret på fråga 1 är ja, är en domstol att anse som ’allmänheten’ i dessa artiklars mening?

3. Om svaret på fråga 1 är nej,

   a) är en domstol att bedöma som ’allmänheten’ om någon överför ett upphovsrättsligt skyddat verk till domstolen?

   b) är en domstol att bedöma som ’allmänheten’ om någon sprider ett upphovsrättsligt skyddat verk till domstolen?

4. Har det någon betydelse för bedömningen av om ingivandet av ett upphovsrättsligt skyddat verk till en domstol utgör en överföring eller spridning till allmänheten att det i nationell rätt finns regler om handlingsoffentlighet som innebär att handlingar som ges in till en domstol som utgångspunkt, om de inte omfattas av sekretess, är tillgängliga för var och en som begär ut dem?”

## IV. Förfarandet vid EU-domstolen

28. Skriftligt yttrande har inkommit från Europeiska kommissionen.

29. EU-domstolen har ställt ett antal skriftliga frågor till den svenska regeringen. Den svenska regeringen besvarade dessa frågor den 6 maj 2020.

## V. Bedömning

### *A. Den första frågan*

30. Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida uttrycket ”allmänheten” i artiklarna 3.1 och 4.1 i direktiv 2001/29 ska anses ha en enhetlig innebörd.[6]

6 Uttrycket ”allmänhet” definieras inte i direktiv 2001/29.

31. Enligt det förfarande för samarbete mellan nationella domstolar och EU-domstolen som införts genom artikel 267 FEUF ankommer det på EU-domstolen att ge den nationella domstolen ett användbart svar, som gör det möjligt för den domstolen att avgöra det mål som den ska pröva. I detta syfte kan EU-domstolen behöva omformulera de frågor som hänskjutits efter att, utifrån samtliga uppgifter som den nationella domstolen har lämnat, och i synnerhet utifrån skälen i beslutet om hänskjutande, ha avgjort vilka delar av unionsrätten som behöver tolkas med hänsyn till saken i det nationella målet. [7]

32. Enligt min mening saknas anledning för EU-domstolen att besvara den första frågan och de övriga frågorna måste således omformuleras. I detta avseende framgår det av punkterna 3 och 6 i begäran om förhandsavgörande att det skyddade fotografi [8] som är föremål för tvisten vid den hänskjutande domstolen som bevisning i målet skickades per e-post till den allmänna domstol som handlade det målet.

33. I enlighet med artikel 3.1 i direktiv 2001/29 har upphovsmän ensamrätt att tillåta eller förbjuda varje överföring till allmänheten av deras verk, på trådbunden eller trådlös väg, inbegripet att verken görs tillgängliga för allmänheten på ett sådant sätt att enskilda kan få tillgång till dessa verk från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer. Vidare föreskrivs i artikel 4.1 i direktivet att upphovsmän har ensamrätt att tillåta eller förbjuda all slags spridning till allmänheten, genom försäljning eller på annat sätt, av originalet av deras verk eller av kopior av detta. Vidare konsumeras denna ensamrätt enligt artikel 4.2 i direktiv 2001/29 då den första försäljningen, eller annan form av överföring av äganderätten, av originalet eller kopior av detta görs inom Europeiska unionen av rättsinnehavaren eller med dennes samtycke. [9]

34. Det framgår bland annat av punkterna 39–45, 51 och 52 i dom av den 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:111), att för att det ska vara fråga om ”spridning till allmänheten” i enlighet med artikel 4.1 i direktiv 2001/29 måste verket ha bringats i omsättning som fysiskt exemplar, fysisk vara eller fysiskt objekt. [10] Detta särskilda krav i artikel 4.1 i direktiv 2001/29 är inte uppfyllt när ett verk i immateriell form överförs per e-post. [11]

7 Se, analogt, dom av den 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, punkterna 31 och 32 och där angiven rättspraxis).

8 Se, analogt, punkt 14 i dom av den 7 augusti 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634), i vilken EU-domstolen erinrade om att ett fotografi kan vara upphovsrättsligt skyddat under förutsättning att fotografiet är upphovsmannens intellektuella skapelse som avspeglar hans eller hennes personlighet och som kommer till uttryck genom att upphovsmannen gjort fria och kreativa val i samband med skapandet av fotografiet.

9 Dom av den 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111, punkterna 35 och 36).

10 Jag använder dessa uttryck på ett utbytbart sätt enbart i illustrativt syfte. Jag anser emellertid att ”spridning till allmänheten” äger rum i den ”verkliga” världen snarare än i den ”virtuella” och således förutsätter omsättning av ett fysiskt objekt.

11 Därutöver fastställde EU-domstolen i punkterna 22 och 26 i dom av den 19 december 2018, Syed (C-572/17, EU:C:2018:1033) att spridning till allmänheten kännetecknas av en rad åtgärder som åtminstone sträcker sig från ingåendet av ett köpeavtal till fullgörelsen av detta avtal genom leverans till en person ur allmänheten. Vidare kan ett intrång i spridningsrätten, såsom denna definieras i artikel 4.1 i direktiv 2001/29, bestå i en handling som föregår genomförandet av en försäljning av ett verk eller en kopia av ett verk som skyddas av upphovsrätt, vilken företas utan rättsinnehavarens samtycke och i syfte att genomföra en sådan försäljning. Det framgår av handlingarna i målet vid EU-domstolen att ingivandet av fotografiet som bevisning i ett mål inte utgör en försäljning av verket eller överföring av äganderätten till verket eller ens en förberedelse för försäljning av detta verk.

35. Översändandet av ett verk per e-post utgör enligt min mening snarare en överföring eller ett tillgängliggörande av verket, på trådbunden eller trådlös väg, på ett sådant sätt att mottagarna kan få tillgång till det från en plats och vid en tidpunkt som de själva väljer, i enlighet med artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Den centrala frågan i förevarande mål är emellertid huruvida detta översändande utgör en överföring till eller ett tillgängliggörande för ”allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. [12]

36. Jag anser följaktligen att det saknas anledning för EU-domstolen att göra en tolkning av artikel 4.1 i direktiv 2001/29 i förevarande mål.

37. Oberoende av om artikel 3.1 eller till och med artikel 4.1 i direktiv 2001/29 kan anses tillämplig på omständigheterna i det nationella målet, ska direktiv 2001/29 under alla omständigheter, såsom illustreras i dom av den 13 maj 2015, Dimensione Direct Sales och Labianca (C-516/13, EU:C:2015:315, punkt 34), tolkas på ett sätt som säkerställer ett effektivt och strikt skydd för upphovsrättsinnehavaren.

38. Detta stränga krav understryks ytterligare av artikel 17.2 i stadgan, där det föreskrivs att immateriell egendom ”ska vara skyddad”. [13]

39. Det är mot bakgrund av dessa krav som jag nu ämnar behandla den hänskjutande domstolens övriga frågor, med förbehåll för nödvändiga omformuleringar.

### *B. Den andra, den tredje och den fjärde tolkningsfrågan*

40. Den hänskjutande domstolens andra, tredje och fjärde fråga överlappar varandra, men vad de i huvudsak avser att klarlägga är huruvida, och, i så fall, under vilka omständigheter ett ingivande per e-post till en domstol av upphovsrättsligt skyddat material som bevisning i ett mål kan anses utgöra en överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29. Jag kommer först att behandla dessa allmänna frågeställningar och sedan avsluta med att besvara de specifika frågor som ställts.

41. Kärnan i det skydd som ges i artikel 3.1 i direktiv 2001/29 ligger i att upphovsrättsinnehavaren har rätt till skydd mot överföring till eller tillgängliggörande för ”allmänheten” av upphovsrättsligt skyddat material. [14] Med förbehåll för de undantag och inskränkningar som föreskrivs i artikel 5 i direktiv 2001/29 kräver således all överföring till allmänheten av ett verk från tredje parts sida att upphovsmannen dessförinnan har lämnat sitt medgivande.

12 Det är fast rättspraxis att begreppet ”överföring till allmänheten” enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/29 innehåller två kumulativa förutsättningar, nämligen ”överföring” av ett verk och överföring av detta verk till en ”allmänhet”. Vad gäller den första av dessa delar, det vill säga förekomsten av en ”överföring”, framgår det av artikel 3.1 i direktiv 2001/29 att det, för att det ska vara fråga om en sådan, i synnerhet är tillräckligt att ett verk görs tillgängligt för allmänheten på ett sådant sätt att de personer som tillhör densamma kan få tillgång till det, oberoende av huruvida de utnyttjar denna möjlighet. Vad gäller den andra av de ovannämnda delarna, nämligen att det skyddade verket faktiskt överförs till en ”allmänhet”, framgår det av EU-domstolens praxis att begreppet ”allmänhet” avser ett obestämt antal potentiella mottagare och dessutom förutsätter ett ganska stort antal personer. Se dom av den 7 augusti 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634, punkterna 19, 20 och 22 och där angiven rättspraxis). I punkt 68 i dom av den 19 december 2019, Nederlands Uitgeversverbond och Groep Algemene Uitgevers (C-263/18, EU:C:2019:1111) erinrade EU-domstolen om dels att begreppet ”allmänheten” är förenat med ett visst minimikrav, varför ett alltför litet antal personer inte faller under detta begrepp, dels att, för att fastställa detta antal, hänsyn ska tas till de kumulativa effekterna av att ett skyddat verk tillgängliggörs för eventuella mottagare via en nedladdningslänk. Det gäller således att ta hänsyn särskilt till hur många personer som kan få tillgång till ett verk parallellt, men även att beakta hur många av dessa som kan få tillgång till verket i följd efter varandra.

13 I punkt 18 i dom av den 7 augusti 2018, Renckhoff (C-161/17, EU:C:2018:634) erinrade EU-domstolen om att det framgår av skälen 4, 9 och 10 i direktiv 2001/29 att direktivets huvudsakliga syfte är att införa en hög skyddsnivå till förmån för upphovsmännen, en skyddsnivå som medför att upphovsmännen erhåller en skälig ersättning när deras verk används, särskilt vid överföring till allmänheten. Begreppet ”överföring till allmänheten” ska följaktligen förstås i vid mening, vilket anges uttryckligen i skäl 23 i det direktivet.

14 Kommissionen anser att uttrycket ”allmänheten” avser fysiska personer och således inte omfattar institutioner eller domstolar. Jag håller emellertid inte med om att uttrycket ”allmänheten” är begränsat till fysiska personer, eftersom det enligt min mening även kan omfatta juridiska personer såsom företag.

42. Även om överföringen av det skyddade materialet till tredje parter som utövar administrativa eller dömande funktioner mycket väl kan tänkas överstiga ”ett visst minimikrav” vad avser antalet potentiellt berörda personer,[15] kan denna överföring enligt min mening inte normalt anses utgöra en ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29, just därför att dessa personer, även om de inte tillhör en privat krets[16] som sådan, ändå är begränsade av sina officiella funktioners karaktär. I synnerhet har de inte rätt att behandla upphovsrättsligt skyddat material som om det inte skyddades av upphovsrätt.

43. Exempelvis skulle en parts överföring av sådant material till domstolstjänstemän eller domare i samband med rättsliga förfaranden, förutom att det inte skulle ha någon självständig ekonomisk betydelse,[17] inte göra det möjligt för mottagarna av detta material att förfoga över det som de ville. Trots allt skulle ju materialet i detta exempel ha överförts till dessa personer i deras administrativa eller, i förekommande fall, dömande kapacitet och vidare mångfaldigande, överföring eller spridning av detta material från deras sida skulle omfattas av vissa uttryckliga eller underförstådda rättsliga och etiska begränsningar i nationell rätt, däribland upphovsrätt.

44. Trots det potentiellt stora antalet berörda domstolstjänstemän skulle överföringen således inte rikta sig till ett obestämt antal eventuella mottagare, vilket EU-domstolen krävde i punkt 37 i sin dom av den 7 december 2006, SGAE (C-306/05, EU:C:2006:764). Överföringen skulle i stället rikta sig till en klart avgränsad och begränsad eller sluten krets av personer som utövar sina funktioner i det allmännas intresse och som, med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, är bundna av rättsliga och etiska regler om bland annat användning och utlämnande av information och bevisning som mottas i samband med rättsliga förfaranden.

45. Enligt min mening undergräver överföringen till en domstol av upphovsrättsligt skyddat material som bevisning i samband med ett domstolsförfarande i princip inte upphovsrättsinnehavarens ensamrätt till detta material, exempelvis genom att beröva upphovsrättsinnehavaren möjligheten att kräva en skälig ersättning för utnyttjandet av hans eller hennes verk. Möjligheten att lägga fram upphovsrättsligt skyddat material som bevisning i civilrättsliga förfaranden syftar snarare till att säkerställa rätten till ett effektivt rättsmedel och till en opartisk domstol som garanteras i artikel 47 i stadgan. En parts rätt till försvar skulle nämligen allvarligt äventyras om inte vederbörande kunde inge bevisning till en domstol för den händelse att en annan part i målet eller till och med en tredje part skulle åberopa upphovsrättsligt skydd för denna bevisning.[18]

46. I detta avseende ska det betonas att den rätt till immateriell egendom som finns inskriven i artikel 17.2 i stadgan inte är absolut, utan ska vägas eller viktas mot andra rättigheter som garanteras i stadgan.[19]

47. Innehållet i dessa rättigheter äventyras inte av nationell lagstiftning eller praxis som gör det möjligt för parter att använda eller åberopa upphovsrättsligt skyddat material i domstolsförfaranden, inte minst med hänsyn till att det upphovsrättsliga skyddet inte går förlorat enbart på grund av att materialet åberopas i dessa förfaranden.

15 En sådan krets får inte vara liten eller obetydlig, men kan mycket väl omfatta ett ganska stort antal personer. Se dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 43).

16 Se dom av den 31 maj 2016, Reha Training (C-117/15, EU:C:2016:379, punkt 42 och där angiven rättspraxis).

17 Se, analogt, artikel 5.1 i direktiv 2001/29.

18 I punkt 71 i dom av den 6 november 2012, Otis m.fl. (C-199/11, EU:C:2012:684) konstaterade EU-domstolen att principen om parternas likställdhet i processen – vilken endast är en naturlig följd av själva begreppet rättvis rättegång – kräver att varje part ges en rimlig möjlighet att lägga fram sin sak, och sin bevisning, på villkor som inte ger denna part väsentliga nackdelar gentemot motparten. Jag anser nämligen att 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. Det ska emellertid understrykas att den hänskjutande domstolen i punkt 6 i sin begäran om förhandsavgörande specifikt har angett att dess frågor till EU-domstolen inte avser tillämpningen av artikel 5.3 e i direktiv 2001/29.

19 Se, analogt, dom av den 29 juli 2019, Pelham m.fl. (C-476/17, EU:C:2019:624, punkterna 33 och 34). Se även dom av den 29 juli 2019, Funke Medien NRW (C-469/17, EU:C:2019:623, punkt 72).

48. Den hänskjutande domstolen har ställt den fjärde frågan för att få klarhet i huruvida denna bedömning påverkas av att det i svensk rätt finns regler om handlingsoffentlighet som innebär att handlingar som ges in till en domstol som utgångspunkt, om de inte omfattas av sekretess, är tillgängliga för var och en som begär ut dem.[20] Jag anser, i likhet med såväl kommissionen[21] som den svenska regeringen,[22] att en parts ingivande av upphovsrättsligt skyddat material till en domstol under sådana omständigheter inte kan anses utgöra en överföring till allmänheten *av parten* eftersom det ytterst endast är domstolen själv (eller dess tjänstemän) som kan ge tillgång till materialet med stöd av nationella bestämmelser om informationsfrihet och offentlighet.[23]

49. I detta avseende framgår det inte av handlingarna i målet vid EU-domstolen att domstolarna eller domstolstjänstemännen i Sverige faktiskt har gett tillgång till det berörda upphovsrättsligt skyddade materialet eller att sådan tillgång faktiskt har begärts.

50. Den hänskjutande domstolen har i sin begäran om förhandsavgörande endast angett att den nationella lagstiftningen om informationsfrihet ger allmänheten rätt att *ta del av* dessa handlingar.[24] Detta är trots allt det allmänna syftet med lagstiftningen om informationsfrihet på såväl nationell nivå som unionsnivå.[25] Detta begrepp är nämligen centralt i den svenska tryckfrihetsförordningen[26] – som i sig varit en inspirationskälla för lagstiftning om informationsfrihet i så många andra medlemsstater och på unionsnivå – eftersom allmänheten *i allmänhet* kan ta del av rättegångshandlingar med hänvisning till 2 kap. 1 § i denna förordning.[27] Den svenska regeringen har även påpekat att upphovsrätten, som regleras av de bestämmelser som meddelats i upphovsrättslagen, skyddas av svensk grundlag. I 26 b § första stycket upphovsrättslagen föreskrivs det emellertid att allmänna handlingar oavsett upphovsrätten skall tillhandahållas enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen.

20 Det som är kärnan i denna fråga är kanske, även om det inte klart framgår av de handlingar som EU-domstolen har tillgång till i målet, risken för att rättsliga förfaranden kan utnyttjas genom att upphovsrättsligt skyddat material läggs fram under förfarandet i opportunistiskt syfte att göra det möjligt för allmänheten att få tillgång till sådant material med hänvisning till bestämmelser om informationsfrihet och offentlighet, vilket därmed undergräver upphovsmännens ensamrätt.

21 Se punkt 20 i kommissionens yttrande.

22 Se punkt 25 i den svenska regeringens svar av den 6 maj 2020 på EU-domstolens skriftliga frågor.

23 Se artikel 9 i direktiv 2001/29, i vilken det föreskrivs att detta direktiv inte påverkar bestämmelser om bland annat tillgång till *allmänna handlingar*. Den svenska regeringen har angett att enligt svensk rätt blir rättegångshandlingar och bevis som har getts in till domstol allmänna handlingar och är som huvudregel offentliga. I punkt 26 i dom av den 1 mars 2017, ITV Broadcasting m.fl. (C-275/15, EU:C:2017:144), angav EU-domstolen att det framgår av artikel 9 i direktiv 2001/29, jämförd med skäl 60 i direktivet, att dess syfte är att upprätthålla effekten av bestämmelser som gäller på vissa andra områden än dem som harmoniseras genom direktivet.

24 Se punkt 18 i begäran om förhandsavgörande.

25 Se artikel 15.3 FEUF.

26 Den svenska regeringen har påpekat att allmänhetens tillgång till rättegångshandlingar och bevis som getts in till en domstol regleras av offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (nedan kallad OSL) och 2 kap. tryckfrihetsförordningen.

27 Den svenska regeringen har indikerat att var och en som vill ta del av en allmän handling också har rätt att mot en fastställd avgift som ska täcka myndighetens kostnader få en avskrift eller en kopia av handlingen, men att en myndighet som huvudregel inte är skyldig att lämna ut handlingar elektroniskt. Se punkt 37 i den svenska regeringens svar. Detta synes således, med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll, säkerställa att domstolar som huvudregel inte lämnar ut upphovsrättsligt skyddat material till allmänheten.

51. Det finns emellertid undantag från denna allmänna offentlighetsprincip. Även om det ytterst ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera detta, har den svenska regeringen, som svar på en skriftlig fråga från EU-domstolen, upplyst EU-domstolen om att 31 kap. 23 § OSL [28] innehåller en skyddsmekanism för upphovsrättsligt skyddat material. Återigen med förbehåll för den hänskjutande domstolens bedömning synes effekten av denna skyddsmekanism vara att uppgifter i upphovsrättsligt skyddade verk under vissa omständigheter omfattas av sekretess och inte får röjas om inte annat anges i särskild bestämmelse. [29]

52. Den svenska regeringen har vidare och framför allt påpekat att 26 b § första stycket upphovsrättslagen reglerar utlämnandet av allmänna handlingar, men dock *inte ger rätt att utnyttja dessa handlingar*. Enligt den svenska regeringen kan ”[d]en som fått ut ett exemplar av ett verk med stöd av bestämmelsen … alltså inte förfoga över verket i strid med bestämmelserna i upphovsrättslagen. Ett eventuellt efterföljande utnyttjande måste ske med upphovsmannens samtycke eller med stöd av någon av de inskränkningar i upphovsrätten som anges i upphovsrättslagen”.

53. Det förefaller således som om upphovsrättsligt skyddat material inte blir allmän egendom genom bestämmelserna om informationsfrihet i tryckfrihetsförordningen *enbart* av det skälet att de har röjts, ingivits eller på annat sätt ställts till förfogande som bevisning under en rättegång.

54. Med andra ord medför inte röjandet av sådant upphovsrättsligt skyddat material enligt offentlighetsreglerna att detta material förlorar sitt upphovsrättsliga skydd och därmed blir allmän egendom.

55. Det är således uppenbart, naturligtvis med förbehåll för den hänskjutande domstolens kontroll, att svensk rätt varken förutser eller tillåter att det upphovsrättsliga skyddet ska kunna gå förlorat *av det enda skälet* att en av parterna har skickat in detta material i samband med ett tvistemål och att tredje part därefter ska kunna ta del av materialet i enlighet med svenska bestämmelser om informationsfrihet.

56. Man kan avslutningsvis konstatera att om denna lagstiftning verkligen vore annorlunda och upphovsrätten därför faktiskt skulle kunna gå förlorad på grund av ett enkelt ingivande av en upphovsrättsligt skyddad handling som inlaga i ett civilrättsligt förfarande, så skulle Konungariket Sverige, enligt min uppfattning, helt enkelt inte ha införlivat kraven i direktiv 2001/29 på ett korrekt sätt och, för den delen, åsidosatt kraven i artikel 17.2 i stadgan om ett effektivt skydd för immateriell egendom. Ett sådant sakförhållande skulle tydligt äventyra huvudinnehållet i den erforderliga nivå av upphovsrättsligt skydd som rättsinnehavare garanteras genom direktiv 2001/29 (och, för den delen, genom artikel 17.2 i stadgan), eftersom de inte skulle ha något effektivt skydd mot att upphovsrätten på detta sätt gick förlorad.

57. Eftersom det, med förbehåll för den hänskjutande domstolens prövning, är uppenbart att så inte är fallet, saknas det emellertid anledning att ytterligare behandla denna fråga.

28 Bestämmelsen har följande lydelse:
”Sekretess gäller för uppgift i ett upphovsrättsligt skyddat verk som inte kan antas sakna kommersiellt intresse, om det inte står klart att uppgiften kan röjas utan att rättighetshavaren lider skada och
1. det av särskild anledning kan antas att verket inte tidigare har offentliggjorts i den mening som avses i [upphovsrättslagen],
2. det av särskild anledning kan antas att verket har kommit in till myndigheten utan rättighetshavarens samtycke, och
3. ett röjande av uppgiften innebär ett upphovsrättsligt förfogande.
Vid tillämpningen av första stycket ska ett verk som har tillhandahållits enligt 2 kap. tryckfrihetsförordningen eller har lämnats från en myndighet till en annan inte därigenom anses offentliggjort.”

29 Se 8 kap. 1 § OSL.

58. Jag anser därför att en parts elektroniska ingivande till en domstol av upphovsrättsligt skyddat material som bevisning i ett mål inte utgör en ”överföring till allmänheten” eller ”spridning till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 respektive artikel 4.1 i direktiv 2001/29. Enbart den omständigheten att sådan bevisning ska anses utgöra allmänna handlingar och att allmänheten således som utgångspunkt kan ta del av det aktuella upphovsrättsligt skyddade materialet i enlighet med nationella bestämmelser om informationsfrihet och offentlighet innebär inte att bevisningen blir allmän egendom och saknar upphovsrättsligt skydd.

## VI. Förslag till avgörande

59. Mot bakgrund av vad som anförts ovan föreslår jag att EU-domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Svea hovrätt, Patent- och marknadsöverdomstolen (Sverige) på följande sätt:

En parts elektroniska ingivande till en domstol av upphovsrättsligt skyddat material som bevisning i ett mål utgör inte en ’överföring till allmänheten’ eller ’spridning till allmänheten’ i den mening som avses i artikel 3.1 respektive artikel 4.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Enbart den omständigheten att sådan bevisning ska anses utgöra allmänna handlingar och att allmänheten således som utgångspunkt kan ta del av det aktuella upphovsrättsligt skyddade materialet i enlighet med nationella bestämmelser om informationsfrihet och offentlighet innebär inte att bevisningen blir allmän egendom och saknar upphovsrättsligt skydd.