

# **Upphovsrättsligt intrång vid automatiserad datorstödd analys av information**

Om användningen av data vid text- och datautvinning innebär ett  
upphovsrättsligt intrång

Linn Månsson

Kandidatuppsats i handelsrätt

Handledare: Ulrika Wennersten

HARH13 15hp

VT20



**LUNDS UNIVERSITET**



# Innehållsförteckning

<b>Förord .....</b>	<b>8</b>
<b>Förkortningar .....</b>	<b>10</b>
<b>1. Inledning .....</b>	<b>12</b>
1.1 Bakgrund .....	12
1.2 Syfte och frågeställning .....	14
1.3 Avgränsningar .....	14
1.4 Metod och material .....	15
1.5 Forskningsläge .....	17
1.6 Disposition .....	18
<b>2. Text- och datautvinning .....</b>	<b>20</b>
2.1 Inledning .....	20
2.2 Tekniska grunder .....	20
2.2.1 Bakgrund .....	20
2.2.2 Maskininlärning .....	21
2.2.3 Processen av KDD .....	21
2.3 Sammanfattande analys .....	22
<b>3. Upphovsrätt .....</b>	<b>24</b>
3.1 Inledning .....	24
3.2 Upphovsrättens uppkomst .....	24
3.3 Ensamrätt .....	26
3.4 Intrång .....	28
3.4.1 När föreligger intrång .....	28
3.4.2 Inskränkningar vid intrång .....	28
3.5 Prejudikat kopplat till kopiering vid teknisk process .....	31
3.5.1 C-5/08 Infopaq I .....	31
3.5.2 C-302/10 Infopaq II .....	32
3.5.3 C-360/13 Public Relations Consultants Association .....	32
3.6 DSM-direktivet .....	34
3.7 Sammanfattande analys .....	36

<b>4.</b>	<b>Exempel på användningsområden .....</b>	<b>39</b>
4.1	Inledning .....	39
4.2	Myndighetsbeslut .....	40
4.3	Modealgoritmer .....	41
4.4	Sammanfattande analys .....	42
	4.4.1 Myndighetsbeslut .....	42
	4.4.2 Modealgoritmer .....	42
<b>5.</b>	<b>Avslutande sammanfattning och slutsats .....</b>	<b>44</b>
	<b>Käll- och litteraturförteckning .....</b>	<b>47</b>
	<b>Rättsfallsförteckning .....</b>	<b>52</b>

## **Abstract**

The essay studies the problem between text and data mining (TDM) and copyrighted works. Through technological development, TDM is used, among other things, to make automated decisions in the authorities and in the fashion industry as tools that find similarities between different garments. TDM is used in these fields because it can identify connections and structures in large volumes of data. The process for TDM also includes that the data gets copied. If this data contains copyrighted works, it can infringe the author's exclusive rights and constitute copyright infringement.

The essay investigates the exceptions and limitations that can be applied when TDM is used, for example, in government decisions and in fashion. Chapter 2 of the essay starts with explaining the process of TDM. The following chapter then explains the exceptions that are given in the Swedish Copyright Act (URL) and the exceptions in the DSM-directive. Then the essay continues with a deeper analysis of TDM with two examples of the use within government decisions and fashion algorithms. The essay concludes with a summary and final analysis that clarify when copyright infringement can occur when using TDM. Therefore is the conclusion that copyright infringement occurs if none of the exceptions can be applied for the use of TDM. The possible exceptions can be either the ones in URL regarding for example private use, article 3 and 4 in DSM directive or as a final if the use has the right holder's permission.



## Sammanfattning

Uppsatsen studerar problematiken mellan TDM och upphovsrättsligt skyddade verk. Genom teknisk utveckling används TDM mer. Det används bland annat för automatiserade beslut i myndigheter och inom modebranschen för att hitta liknelser i olika klädesplagg. Detta eftersom TDM kan identifiera samband och strukturer i stora datamängder. Processen för TDM innebär att den data som matas in kopieras. Om denna data innehåller ett upphovsrättsligt skyddat verk sker en exemplarframställning som kränker upphovsmannens ensamrätt och därigenom föreligger även intrång.

Uppsatsen går igenom undantag och inskränkningar som kan vara tillämpliga när TDM används. Sedan tar uppsatsen upp användning av TDM vid myndighetsbeslut och i mode som två exempel. Uppsatsen inleds med ett kapitel som förklarar processen vid TDM. Därefter redogörs för nuvarande inskränkningar i URL vilka kan användas vid TDM och dess rekvisit samt de nya inskränkningarna avseende TDM som ska införas vid genomförande av DSM-direktivet. Slutligen görs en djupare analys av TDM i de två exempel områdena, myndighetsbeslut och modealgoritmer. Uppsatsen avslutas sedan med en sammanställning och analys om när intrång föreligger vid användning av TDM. Slutsatsen är att intrång inte föreligger om något av inskränkningarna eller undantagen kan tillämpas på det användningsområde TDM används inom. De möjliga inskränkningarna eller undantagen är antingen de i URL gällande exempelvis. exemplarframställning för privat bruk, artikel 3 och 4 i DSM-direktivet eller sista möjliga är om rättsinnehavaren ger tillåtelse för användningen av verket.





## **Förord**

Jag vill tacka min familj som stöttat mig under såväl uppsatsskrivandet som under alla de studier som lett fram till detta examensarbete. Jag vill även rikta ett tack till min handledare Ulrika Wennersten som hjälpt mig under uppsatsskrivandet och som väckte mitt intresse för immaterialrätt under mina studier.

Nu vidare till nästa steg i min utbildning.

Linn Månsson 2020



## Förkortningar

AI	Artificiell intelligens
Bernkonventionen	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
DSM-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG
EU	Europeiska Unionen
GDPR	Dataskyddsförordningen/The General Data Protection Regulation
HD	Högsta domstolen
InfoSoc direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
KDD	Knowledge discovery from data
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar
SVJT	Svensk Juristtidning
TDM	Text- och datautvinning/text and data mining
TF	Tryckfrihetsförordningen
Trips-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WIPO	World Intellectual Property Organization



# 1. Inledning

## 1.1 Bakgrund

Artificiell intelligens (AI) har skapats genom att människan har lärt sig hur vi tänker och lärt sig bygga intelligenta enheter.<sup>1</sup> Inom AI ingår maskininlärning och text- och datautvinning (TDM).<sup>2</sup> Det sistnämnda innebär att man kan utvinna kunskap ur en mycket stor mängd insamlad data.<sup>3</sup> Inom alla rättsområden måste den juridiska tillämpningen anpassas till samhälls- och teknikutvecklingen. Tekniken kan förenkla det praktiska arbetet men samtidigt försvåra tillämpningen av lagregler. För att göra tekniken användbar måste rättsläget vara tydligt så att TDM tekniker kan användas på fler områden.

Idag används TDM bland annat av myndigheter vid automatiserat beslutsfattande<sup>4</sup> och inom modebranschen för att analysera samband och liknelser bland olika klädesplagg.<sup>5</sup> Dessa två användningsområden kommer användas som exempel på användningsområden i uppsatsen. Ett förtydligande exempel på hur TDM används inom modebranschen är att en kund kan ladda upp ett valfritt foto och ett verktyg som använder sig av TDM hittar då bilder på liknande klädesplagg.<sup>6</sup> TDM processen, även kallad KDD processen, innebär dock att materialet som matas in som data kopieras under processen.<sup>7</sup> Det material som används i TDM kan vara upphovsrättsligt skyddat. När ett verk erhåller en upphovsrätt består denna upphovsrätt av en ensamrätt som innebär att verket inte får kopieras, se 1 kap. 2 § 1 st. och 2 st. URL. Det finns därför en problematik kring vad som gäller vid användningen av TDM med upphovsrättsliga verk.

Användningen av TDM kan således innebära att ett upphovsrättsligt verk kopieras, vilket gör att intrång genom exemplarframställning kan föreligga. Men

---

<sup>1</sup> Russell & Norvig 2010 s. 1.

<sup>2</sup> Andersson 2017.

<sup>3</sup> Han, Kamber, Pei 2012 s. 6 och Myndigheten för digital förvaltning 2020 s. 10.

<sup>4</sup> Myndigheten för digital förvaltning 2020 s. 10.

<sup>5</sup> Vincent 2019.

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Rosati 2018a s. 2.

intrång föreligger bara om undantag och inskränkningar kan tillämpas eller om det finns tillstånd från rättighetsinnehavaren. Vid användningen av TDM uppkommer en mängd upphovsrättsliga problem gällande om dessa undantag och inskränkningar kan tillämpas. En problematik är tillämpbarheten av inskränkningarna i URL. Det finns problematik kring vad som räknas som en tillfällig exemplarframställning i 2 kap. 11a § URL när tekniken hela tiden utvecklas. Därför är det ett problem som behandlas i uppsatsen alltså om användningen av TDM kan bedömas falla inom inskränkningen avseende tillfällig exemplarframställning. För att veta om kopiering vid TDM omfattas av denna inskränkning behövs det analyseras hur kopiorna skapas i TDM processen. I och med problematiken kring TDM och upphovsrätt har ett nytt direktiv kommit, DSM-direktivet<sup>8</sup>, men eftersom det inte är implementerat ännu så är rättsläget oklart för vissa användningsområden för TDM. Om ett användningsområde inte innefattas i någon av inskränkningarna i DSM-direktivet vet användarna av TDM inte om processen, med användning av upphovsrättsligt skyddade verk, innebär ett upphovsrättsligt intrång eller inte. Detta framgår också av skäl 18 i DSM-direktivet i vilket det anges att rättsläget är oklart och att det därmed finns ett behov av nya bestämmelser på detta område.<sup>9</sup> Utöver dessa inskränkningar finns det bestämmelser om bland annat automatiserade beslut i Förvaltningslagen (2017:900). Det är dessa problem som denna uppsats ska behandla.

Det är med andra ord inte självklart att det föreligger intrång vid användningen av TDM, med upphovsrättsligt skyddade verk, när användningsområdet inte omfattas av inskränkningarna i DSM-direktivet. Man vet heller inte om kopieringen inom TDM ska bedömas vara tillfällig exemplarframställning. Inom området är det inte tydligt utrett när TDM är tillåtet och inte utan varje undantag och inskränkning har tidigare bara analyserats för sig men inte kopplat till ett användningsområde för TDM. På grund av detta är motivet med uppsatsen att klargöra för vad som gäller kring användning av TDM innan tydligare bestämmelser implementerats. För om rättsläget förblir oklart kan det ge stora konsekvenser bland annat eftersom

---

<sup>8</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

<sup>9</sup> Direktiv 2019/790 Skäl. 18.

automatiserat beslutsfattande används i dagsläget av flera myndigheter.<sup>10</sup> Dessutom kan det skapa begränsningar i utvecklingen av teknik om inte upphovsrättsliga bestämmelser generellt blir mer anpassningsbara till teknikutvecklingen.<sup>11</sup> Det har redan statistiskt visats genom att EU är några steg efter andra länder som USA och Kina vid forskning och patent kopplat till TDM.<sup>12</sup> Problemet är att rättskällorna i nuläget inte tydligt reglerar vad som gäller när ny teknik som TDM används och detta gör att området inte är förutsägbart.

## 1.2 Syfte och frågeställning

*Syfte:* Syftet med uppsatsen är att utreda om användningen av data för text- och datautvinning vid AI kan innebära upphovsrättsligt intrång.

*Frågeställningar:*

1. Hur används data med upphovsrättsligt skyddade verk vid text- och datautvinning/KDD processen?
2. Vad innebär upphovsmannens ensamrätt, särskilt exemplarframställningsrätten och när föreligger intrång i den?
3. Vilka möjligheter finns att använda TDM utan att det innebär upphovsrättsligt intrång?

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen kommer endast beröra upphovsrätt. Verken som kommer diskuteras gällande möjlig exemplarframställning antas vara verk som har upphovsrättsligt skydd. Därför kommer uppsatsen inte göra någon djupare redovisning av vad som utgör ett verk. På grund av att uppsatsen fokuserar på intrång vid exemplarframställning förklaras endast intrång på grund av tillgängliggörande för allmänheten i korthet. Detta gäller även ideell rätt då uppsatsen fokuserar främst på den ekonomiska rätten. Andra områden som kan vara relevanta att diskutera men som uppsatsen avgränsar sig ifrån är området kring dataskydd, GDPR samt

---

<sup>10</sup> Riksrevisionen 2019.

<sup>11</sup> Hargreaves 2001 s. 43 punkt 5.10.

<sup>12</sup> Rosati 2018a s. 2.

även upphovsrättsligt skydd för databaser, sui generis-skydd. Dessutom diskuteras i uppsatsen endast de inskränkningar som kan bli relevanta för användningen av TDM. Vissa av dessa avgränsningar är inte irrelevanta för uppsatsens undersökning och syfte. Skälet till att de inte behandlas är att uppsatsen skulle bli för omfattande och inte lika fokuserad om dessa skulle inkluderas.

Uppsatsen kommer endast i korthet beskriva den tekniska aspekten av TDM. Denna redovisning är endast tänkt att ge en sammanfattande beskrivning om processen och om hur data används vid TDM. Avsnittet som behandlar TDM behövs för att öka förståelsen av det rättsliga problem som uppsatsen behandlar. Därför avgränsas uppsatsen från att förklara andra tekniska delar av TDM som inte bedöms vara nödvändiga för att uppnå syftet.

Vidare behandlar denna framställningen endast svensk nationell lagstiftning som till största del är harmoniserad av EU-rätten. Därför grundas uppsatsen på domar och uttalande utifrån svensk nationell rätt och EU-rätt. Uppsatsen avgränsar sig att analysera andra länders nationella lagstiftning men tar dock kort upp USA och Storbritanniens reglering kopplat till DSM-direktivet. Detta endast för att ge större förståelse för DSM-direktivet och hur andra länder valt att hantera och tolka problemet.

#### **1.4 Metod och material**

Uppsatsen kommer använda sig av rättsdogmatisk metod för att utreda den juridiska frågeställningen. Rättsdogmatiken har till uppgift att beskriva, tolka och systematisera den gällande rätt som berörs.<sup>13</sup> Skälet till att använda rättsdogmatisk metod är således att uppsatsen ska ge en auktoritativ framställning om gällande rätt (lex lata).<sup>14</sup> Dessutom kan rättsdogmatisk metod användas för att antingen skapa en rättsregel eller applicera en befintlig rättsregel som en lösning på det rättsliga problemet.<sup>15</sup> I denna uppsats sker det senare.

---

<sup>13</sup> Olsen 2004 s. 111.

<sup>14</sup> Ibid. s. 112.

<sup>15</sup> Nääv & Zamboni 2018 s. 22.



Grunden för rättsdogmatik är principerna som reglerar hur rättskällorna används. Det rättsliga problemet ska lösas genom tillämpning av lagstiftning kompletterat med rättspraxis, förarbeten och doktrin.<sup>16</sup> Där lagar och prejudicerande domar bedöms ha en hög auktoritet medan doktrin används mest för argumentering.<sup>17</sup> Det är dock omdiskuterat hur stor betydelse doktrin har. Vissa menar att den väger tungt om det är uttalande från någon med lång akademisk utbildning medan andra anser att det istället är den doktrin som uppvisar logik i analysen som ska väga tyngst.<sup>18</sup> Doktrin är, oavsett detta, en viktig rättskälla för att kunna beskriva rättsläget.<sup>19</sup> Lagtext och prejudikat, såväl nationella som EU-rättsliga, kommer dock vara grunden till uppsatsen. Detta material har således tillsammans med förklaringar från förarbeten och relevant doktrin på området fått utgöra uppsatsens primära material. Även annat material som soft law, som inte är bindande, har använts. Det material som förklarar upphovsrätt i kapitel 3 är upphovsrättslagen (URL), InfoSoc direktivet (2001/29/EG)<sup>20</sup>, prejudicerande rättsfall, Marianne Levin och Åsa Hellstadius bok "Lärobok i immaterialrätt 12 uppl., Anders Olins lagkommentarer från Juno och DSM-direktivet. I uppsatsens kapitel 2 om TDM förklaras den tekniska delen av TDM inte genom några juridiska rättskällor, utan främst användes Jiawai Han, Micheline Kamber och Jian Peis bok "Data mining". Sista kapitlet som behandlar två skilda exempel på områden där TDM används förklaras genom källor från respektive område. Ena exemplet avser automatiserat myndighetsbeslut och har debatterats såväl politiskt som juridiskt, särskilt i förhållande till problematik mellan offentlighetsprincipen och upphovsrätten. Detta område förklaras genom artiklar och litteratur men också bland annat genom Myndigheten för digital förvaltnings delrapport i ett regeringsuppdrag gällande offentliga förvaltningen kopplat till AI.<sup>21</sup> Exemplet på modealgoritmer grundar sig främst på Eleonora Rosatis artikel "Fashion, algorithms, and copyright: is it all about what we want or rather what we didn't know we want?" 2018b, men också andra källor som förklarar användning av modealgoritmer.

---

<sup>16</sup> Ibid. s. 22.

<sup>17</sup> Ibid. s. 29.

<sup>18</sup> Ibid. s. 34.

<sup>19</sup> Ibid. s. 35.

<sup>20</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>21</sup> Myndigheten för digital förvaltning 2020 s. 10.

## 1.5 Forskningsläge

Problematiken mellan upphovsrätt och den tekniska utvecklingen belystes redan 2015 i ett meddelande från kommissionen som angav att det var nödvändigt att anpassa och komplettera vissa områden inom upphovsrätten på grund av digitaliseringen.<sup>22</sup> Att upphovsrätten måste kunna vara tekniskt anpassningsbar diskuteras även i Ian Hargreaves oberoende rapport 2001.<sup>23</sup> I DSM-direktiven förtydligas att upphovsrättslagstiftningen inte ska begränsa den tekniska utvecklingen men att det är viktigt att den juridiska anpassningen inte minskar upphovsrättens skyddsnivå. DSM-direktivet pekar också på att rättsläget inte är helt klart och tydligt, såväl för rättighetsinnehavare som för de som vill använda sig av den tekniska utvecklingen, men inte vill göra intrång.<sup>24</sup> För att klargöra rättsläget skapades två inskränkningar som reglerar när TDM får användas utan att göra upphovsrättsligt intrång.<sup>25</sup> Osäkerheten kring rättsläget finns dock kvar trots dessa två inskränkningar.<sup>26</sup> Det finns således inga tydliga riktlinjer i rättskällorna ännu i och med att direktivet inte implementerats förens 7 Juni 2021. Ett område som använder sig av TDM är myndigheter som använder sig av automatiserade beslut. Inom det området finns det inte ens belysningar om problematiken kring upphovsrätt vid själva TDM processen. WIPO har dock belyst problematiken med automatiserat beslutsfattande som görs av maskiner med hjälp av artificiell intelligens. De öppnade även upp frågan om det behövs göras lagstiftningsändringar på grund av utvecklingen gällande automatiserade beslut kopplat till upphovsrätt.<sup>27</sup> En viktig artikel som tagit upp problematiken tidigare är artikeln av Eleonora Rosati. I denna artikel redogjordes för hur algoritmer används i modebranschen. Här problematiseras användningen av bilder vid TDM. I artikeln går hon igenom såväl amerikansk som EU-rättslig lagstiftning. Rosati har även belyst problemet i en publikation för Europeiska parlamentet som förklarar inskränkningarna i DSM-direktivet.

---

<sup>22</sup> COM (2015) 626 final av den 9 December 2015.

<sup>23</sup> Hargreaves 2001 Kapitel 5.

<sup>24</sup> Direktiv 2019/790 Skäl. 3.

<sup>25</sup> Direktiv 2019/790 Artikel 3 och Artikel 4.

<sup>26</sup> Direktiv 2019/790 Skäl. 18.

<sup>27</sup> WIPO Secretariat 2019 s. 9.

Utöver TDM finns det en problematik mellan 2 kap. 11a § URL och teknisk utveckling. Detta i och med att tillfällig exemplarframställning ska innefatta tillfälliga kopior som skapas i datorns arbetsminne.<sup>28</sup> I och med ny utveckling och processer, såsom TDM, är det oklart om TDM omfattas av inskränkningen om inte analyserna omfattar hur kopiorna skapas i TDM processen. Denna fråga har genom rättsfall fått en viss tydlighet kring vad som anses vara en tillfällig exemplarframställning exempelvis genom C-360/13 Public Relations Consultants Association. Det finns dock inte något rättsfall som reglerar tillfällig exemplarframställning vid TDM.

Avslutningsvis har problematiken mellan TDM och upphovsrätt främst bara belysts och till och med relativt nya direktiv menar på att området är oklart. De främsta källorna från tidigare studier som diskuterat problematiken med TDM processen kopplat till upphovsrättens ensamrätt är både artikeln och publikationen av Eleonora Rosati. Förklaringen till att området är begränsat och att det är svårt att hitta forskning om rättsläget som dessutom behandlar DSM-direktivet kan bero på att implementeringen av DSM-direktivet den 7 Juni 2021 kommer bli avgörande. På grund av att DMS-direktivet inte är implementerat i medlemsländerna än och att det är svårt att hitta forskning kring nuvarande rättsläge gör ämnet intressant.

## **1.6 Disposition**

Varje kapitel går först igenom fakta och rättsläget och avslutas med en kortare sammanfattande analys. Dessa kortare analyser kommer sedan knytas ihop i det slutliga sammanfattning och analyskapitlet. Det finns även en liten inledande text vid varje kapitelrubrik som kort förklarar vad varje kapitel ska redogöra kring.

I kapitel 2 förklaras vad TDM innebär och hur det fungerar rent tekniskt. I kapitlet definieras även relevanta begrepp. Denna tekniska förklaring inkluderar maskininlärning och processen för KDD.

---

<sup>28</sup> Prop. 2004/05:110 s. 377.

I kapitel 3 görs en översiktlig beskrivning av upphovsrätten och vilka rekvisit som ska vara uppfyllda för att det ska föreligga intrång i upphovsrättens ensamrätt. Kapitlet ger först en grundläggande förklaring om upphovsrätten och hur upphovsrätt uppstår. Därefter förklaras det djupare gällande ensamrätten och intrång och vad dessa innebär. Slutligen redogörs det för DSM-direktivet och dess bestämmelser som avser användningen av TDM.

I kapitel 4 beskrivs två områden där TDM används och där data kan bestå av upphovsrättsligt skyddade verk. Det första exemplet är TDM används vid automatiskt beslutsfattande i myndigheter. Det andra exemplet är TDM i modebranschen.

Avslutningsvis görs det en sammanfattande analys och slutsats. Där kopplas alla uppsatsens löpande analyser ihop och en slutlig diskussion förs. I slutsatsen besvaras uppsatsens frågeställningar utifrån gjorda analyser.

## 2. Text- och datautvinning

*Detta kapitel kommer i korthet förklara TDM och hur den tekniska processen KDD fungerar. Som avslutning kommer det göras en kortare sammanfattning och analys.*

### 2.1 Inledning

Med TDM menas automatiserad text- och datautvinning från olika typer av källor. En enkel förklaring till TDM är att det kan liknas vid utvinning av diamanter vid kolgruvor. Genom att ta upp stora massor med bergkross kan små mängder av diamanter hittas, som i detta fallet är kunskap från stora mängder data.<sup>29</sup> TDM innebär att data automatiskt analyseras i syfte att strukturera information som sedan kan kopplas ihop med exempelvis samband, mönster och trender.<sup>30</sup> Användningsområdet för TDM är områden som använder sig av AI.<sup>31</sup> AI är program som kan användas i maskiner som efterliknar människans beteende och tänkande.<sup>32</sup> TDM och maskininlärning är processer som räknas in i AI.<sup>33</sup>

### 2.2 Tekniska grunder

#### 2.2.1 Bakgrund

Mängden information som samlas in och lagras ökar hela tiden. För att kunna hantera stora informationsmängder behövs hjälpmedel. När beslut görs av en människa grundas besluten på beslutsfattarens val, uppfattning och intuition. Detta för att det inte är möjligt för människan att kunna tillgodogöra sig all den viktiga informationen som finns bland all data i databaserna. Som lösning har man försökt att manuellt och kontinuerligt lägga in kunskap i s.k. kunskapsdatabaser. Ett problem med dessa manuellt konstruerade kunskapsdatabaser är att den manuella processen tar lång tid och det är lätt att kunskapen får mänskliga fördomar och fel.

<sup>34</sup> Genom TDM kan man hitta olika mönster, samband och trender i stora mängder

---

<sup>29</sup> Han, Kamber, Pei 2012 s. 6.

<sup>30</sup> Direktiv 2019/790 Avdelning 1 Artikel 2 punkt 2.

<sup>31</sup> Turkewitz 2019.

<sup>32</sup> It-ord, Artificiell Intelligens, 2019.

<sup>33</sup> Andersson 2017.

<sup>34</sup> Han, Kamber, Pei 2012 s. 5.

data utan att dessa subjektiva val görs. Men innan TDM genomförs så kopieras oftast det material som matats in.<sup>35</sup> Kopiorna behövs skapas för att processen ska kunna analysera data innan den exempelvis hittar olika samband.<sup>36</sup>

### 2.2.2 Maskininlärning

Ett annat steg innan TDM kan genomföras är att maskinen måste lära sig hantera data genom maskininlärning. TDM och maskininlärning har olika syften men i grunden används samma process med algoritmer för att utvinna efterfrågad data.<sup>37</sup> Algoritmer är en steg för steg instruktion för hur man löser en uppgift.<sup>38</sup> Maskininlärning innebär att algoritmerna används för inlärning av en maskin. Genom att förfina algoritmerna successivt kan en datamaskin tillslut ta stora mängder data och exempelvis göra diagnoser eller känna igen ett ansikte. Det finns tre huvudsyften med att använda maskininlärning. Det första benämns övervakad inlärning och används för att exempelvis göra ansiktsigenkänning. Det andra kan användas för att hitta okända egenskaper exempelvis kan TDM utläsa olika mönster i data. Detta kallas oövervakad inlärning. Sista syftet kallas förbättrad inlärning och maskinen ska då kunna fatta beslut i situationer och utifrån förutsättningar som den inte varit med om innan.<sup>39</sup> Vid dessa tre huvudsyften som är olika typer av maskininlärningens djupinlärning liknar det människans flerskikts behandling genom att skapa många lager.<sup>40</sup>

### 2.2.3 Processen av KDD

Data mining/datautvinning anses av vissa vara desamma som “knowledge discovery from data” (KDD) medan andra menar att data mining endast är ett steg i KDDs process.<sup>41</sup> KDD som term användes först 1989 för att förklara den slutliga produkten från datadrivna upptäckter.<sup>42</sup> KDD kan beskrivas genom de nio olika

---

<sup>35</sup> Rosati 2018a s. 2.

<sup>36</sup> Hargreaves 2001 s. 47 Punkt 5.24

<sup>37</sup> Rosati 2018a s. 2.

<sup>38</sup> It-ord, *Algoritm*, 2019.

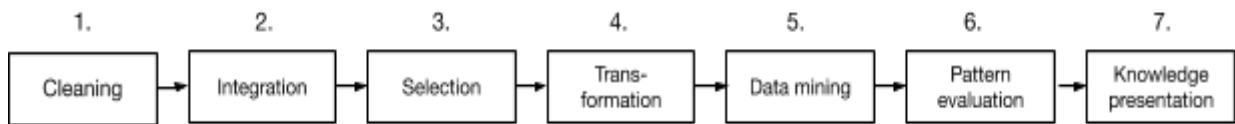
<sup>39</sup> Nationalencyklopedin 2020.

<sup>40</sup> Akerkar 2019 s. 33.

<sup>41</sup> Han, Kamber, Pei 2012 s. 6.

<sup>42</sup> Piatetsky-Shapiro 1991 s. 68-70.

delprocesserna, vilka i sin tur kan reduceras till sju olika moment. I figur 1 beskrivs de sju olika momenten.<sup>43</sup>



Figur 1. De olika momenten inom KDD.

1. *Data cleaning.* I detta moment sorteras icke konsekvent data bort.<sup>44</sup> I detta moment sorteras även brus bort. Under detta moment identifieras även dataområden där det fattas information.<sup>45</sup>
2. *Data integration.* Med data integration menas att data från olika källor förs samman, integreras och kombineras.<sup>46</sup>
3. *Data selection.* I detta tredje momentet genomförs urval av strategiska variabler och relevant data för den fortsatta analysen.<sup>47</sup>
4. *Data transformation.* Data transformeras till det format och den form som behövs för att utföra data mining.<sup>48</sup>
5. *Data mining.* Vid data mining appliceras metoderna för att få fram olika mönster och samband.<sup>49</sup>
6. *Pattern evaluation.* I detta steg identifieras intressanta mönster.<sup>50</sup>
7. *Knowledge presentation.* De resultat och den kunskap som utvunnits presenteras genom visualisering och teknik.<sup>51</sup>

### 2.3 Sammanfattande analys

TDM används för att få ut den relevanta kunskapen ur en stor samling av data. Det kan sedan användas för att se sammanhang eller hitta liknelse eller för att ta beslut även från situationer som maskinen inte hanterat innan. För att processen

---

<sup>43</sup> Han, Kamber, Pei 2012 s. 7.

<sup>44</sup> Ibid. s. 6.

<sup>45</sup> Fayyad, Piatetsky-Shapiro, Smyth 1996 s. 84.

<sup>46</sup> Han, Kamber, Pei 2012 s. 6.

<sup>47</sup> Ibid. s. 8.

<sup>48</sup> Ibid. s. 8.

<sup>49</sup> Ibid. s. 8.

<sup>50</sup> Ibid. s. 8.

<sup>51</sup> Ibid. s. 8.

ska kunna ske måste maskinen lära sig att utvinna kunskapen och detta görs genom att tillämpa olika algoritmer, dvs. beslutsregler. Efter denna maskininlärning så kan processen av KDD göras. Vissa menar att KDD och TDM betyder samma sak och andra menar att TDM ingår i processen av KDD. Oavsett så är målet att hitta kunskap från stora mängder data. När de olika momenten i KDD genomförs är det nödvändigt att det sker en inmatning av data. Vid detta steg skapas det oftast kopior av materialet som matas in. Dessa kopior bearbetas sedan i alla de sju olika stegen. Dessa kopior blir i slutändan även del av resultatet exempelvis genom att processen visar ett samband mellan flera olika kopior som finns i data.



### 3. Upphovsrätt

*Detta kapitel innehåller först en översiktlig presentation av upphovsrättens uppkomst. Sedan redogörs det för ensamrätt och när intrång föreligger och relevanta rättsfall. Därefter sker en redogörelse för DSM-direktivet. Avslutande del innehåller en sammanfattande analys.*

#### 3.1 Inledning

Upphovsrätt skapades för att skydda litterära och konstnärliga verk, se 1 § URL. Den har med tiden kommit att skydda fler typer av verk än vad som ursprungligen var tänkt. Rättsutvecklingen är bland annat kopplad till den tekniska utvecklingen inom digital teknik och kommunikationskanaler världen över.<sup>52</sup> Den upphovsrättsliga lagstiftningen är från 1960 och har därmed behövt uppdateras men även på grund av att EU eftersträvar efter en harmonisering på området. Svensk lag har implementerat flera direktiv bland annat datorprogramdirektivet<sup>53</sup>, databasdirektivet<sup>54</sup>, InfoSoc direktivet<sup>55</sup>, och följerättsdirektivet<sup>56</sup> och IPRED<sup>57</sup>. Det mest relevanta direktivet, InfoSoc direktivet, är ett direktiv om upphovsrätt och som har implementerats i URL.<sup>58</sup> För att kunna göra en bedömning om intrång föreligger vid TDM görs det en genomgång av vad som är upphovsrättsligt intrång och när det kan föreligga.

#### 3.2 Upphovsrättens uppkomst

Upphovsrätten uppkommer formlöst när verket skapats och det krävs därför ingen registrering eller liknande.<sup>59</sup> Som utgångspunkt finns det inga krav på konstnärlig kvalitet, dvs. att det finns inga krav att verket måste vara “fint” eller “bra” gjort.<sup>60</sup>

---

<sup>52</sup> Levin & Hellstadius 2019 s. 67.

<sup>53</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram.

<sup>54</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

<sup>55</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>56</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/84/EG av den 27 september 2001 om upphovsmannens rätt till ersättning vid vidareförsäljning av originalkonstverk (följerätt).

<sup>57</sup> *Intellectual Property Rights Enforcement Directive* - Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av immaterialrättigheter.

<sup>58</sup> Direktiv 2001/29/EG.

<sup>59</sup> Levin & Hellstadius 2019 s. 71 och Bernkonventionen artikel 5 2 st.

<sup>60</sup> Levin & Hellstadius 2019 s. 83.

Alster måste kvalificera sig som verk för att erhålla skydd. Detta kvalifikationskrav kan kopplas till ordet särprägel som innebär att det ska vara upphovsmannens egna originella skapelse (se till exempel rättsfallet NJA 1994 s.74 Smultron). Detta kvalifikationskrav har även kallats för verkshöjd.<sup>61</sup> I ett antal direktiv har kvalifikationer uttryckts som att det ska vara fråga om upphovsmannens intellektuella skapelse, se artikel 1.3 direktiv 2009/24/EG, artikel 3.1 direktiv 96/9/EG och artikel 6 och skäl 11 direktiv 2006/116/EG. I rättsfallet NJA 2009 s.159 (mini Maglite) framhålls att det inte får ställas andra krav än ett krav benämnt originalitetskravet. Men i NJA 2015 s.1097 (C More Entertainment) anger Högsta domstolen att verkshöjdsbegreppet motsvarar EU-rättens originalitetskrav. Detta originalitetskrav blev EU rättsligt bindande genom rättsfallet C-5/08 Infopaq International A/S v Danske Dagbaldes Forening. EU-domstolen angav i detta fall att det inte var orden i sig som gör att verket erhåller upphovsrätt utan upphovsrätten erhöles på grund av hur orden kombinerades och dess ordning, vilket gjorde att originalitetskravet uppfylldes i det refererade fallet.<sup>62</sup> Originalitetskravet preciseras i C-145/10 Painer Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl. som rörde fotografiska verk. I avgörandet angav EU-domstolen att verket ska spegla upphovsmannens personlighet genom att skaparen kan “uttrycka sin kreativa kapacitet genom att göra fria och kreativa val” som därmed sätter upphovsmannens “personliga prägel” på verket.<sup>63</sup> Ett annat relevant rättsfall är C-604/10 Football Dataco m.fl. där det fastställdes att databaser uppfyller kravet på originalitet genom att upphovsmannen gör ett urval och sammansättning av den data som databasen innehåller. Kravet på originalitet gällande databaser innebär att kreativiteten inte får vara begränsad när databasen upprättas.<sup>64</sup> Att skaparens möjlighet till uttryck inte får vara begränsad är en av de kumulativa kraven som skapades i C-310/17 Levola. Första kravet gäller originalitet och det andra kravet är att verket måste kunna ge möjlighet för skaparens uttryck.<sup>65</sup> Dessa kumulativa krav användes i mål

---

<sup>61</sup> Ibid. s. 84.

<sup>62</sup> Infopaq C-5/08 Punkt 45.

<sup>63</sup> C-145/10 Punkt 89 och 92.

<sup>64</sup> C-604/10 Punkt 38. och Bernkonventionen Artikel 2.5.

<sup>65</sup> C-310/17 Punkt 36 och 37.

nr PMT 5885-18 för att bedöma om kärandens verk hade uppfyllt kraven för att erhålla upphovsrätt. Avgörandet handlade om två märken som sålde klockor, Daniel Wellington och William Gregors. I målet gjordes en bedömning om det svarande företaget William Gregors klocka innebar intrång. Kravet på att det måste finnas tillräckligt utrymme för kreativ frihet för att kunna erhålla upphovsrätt förklarades även i de förenade målen C-403/08 och C-429/08, Football Association Premier League m.fl.. I avgörandet angav EU-domstolen att en fotbollsmatch inte kan erhålla upphovsrätt i och med att den är styrd av spelregler.<sup>66</sup> Begränsningen av kreativ frihet föreligger också om begränsningen är på grund av att det inte finns möjlighet till stor variation på grund av tekniska krav. Detta var bedömningen i fallet NJA 2004 s.149. Avgörandet handlar om att det gjordes en bedömning om en ritning av två golvsivor kunde erhålla upphovsrätt. Ritningarna har gjorts med modern datateknik och hade därför inte någon nämnvärd utsträckning skiljt sig åt om ritningarna hade skapats oberoende av varandra. Även det faktum att det inte finns några större möjligheter till variation för att skapa en ritning av en golvsivor bidrar till att kravet på verkshöjd inte uppfylls för ritningen i fallet. Domen understryker att det ställs låga krav på verkshöjd vid just tekniska ritningar, men trots dessa låga krav ansågs ritningen inte ha tillräckligt mycket individualitet och särprägel för att uppfylla kravet.

### **3.3 Ensamrätt**

Upphovsrätt består av en ekonomisk och en ideell rätt. Den ekonomiska rätten innebär att upphovsmannen har en uteslutande rätt att förfoga över verket, se 1 kap. 2 § URL. Första stycket i paragrafen innebär att endast upphovsmannen får framställa exemplar av verket och göra dem tillgängliga för allmänheten. I andra stycket anges exemplarframställningsrätten som stadgar: "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".<sup>67</sup> Exemplarframställningen innefattar därmed även sådana tillfälliga kopior som uppkommer i ett datorminne.

---

<sup>66</sup> Förenade målen C-403/08 och C-429/08 Punkt 98.

<sup>67</sup> 1 kap. 2 § 2 st URL.

<sup>68</sup> Ensamrätten innebär således att det endast är upphovsmannen som får återskapa verket i annan form.<sup>69</sup> Exempelvis bedöms ett fotografi av ett verk vara ett exemplar av verket även fast det är en annan form.<sup>70</sup> Detta slogs fast genom fallet NJA 1981 s.313 Två herrars tjänare, vilket handlar om att ett fotografi av ett verk ansågs vara exemplarframställning. Fotografiet skulle användas till ett skivomslag och motivet var en grupp människor på en teaterscen. På teaterscenen fanns det dock dekor framme som var till för en pjäs, varför den slutliga bilden innehöll scenografin som skyddas av scenografens ensamrätt. Bedömningen blev att fotografiet var ett exemplar av scenografin och som gjorde intrång i scenografens rätt.

Ensamrätten gäller även om det nya verket är i ett ändrat skick, översättning eller en bearbetning med annan konstart eller med annan teknik.<sup>71</sup> Men kan bedömas vara en återgivning fast i bearbetad form eller ett nytt och självständigt verk enligt 1 kap. 4 § URL. Rättsfallet NJA 1989 s.315 Evert Taube gällde teckningar av två fotografier. Fotografierna var på Evert Taube och teckningarna användes i en bok. I fallet gjordes en bedömning om det var intrång. Men teckningarna ansågs inte vara så lika att de var fråga om exemplarframställning utan istället bedömdes det vara ett återgivande av motiven fast i bearbetad form. Upphovsrättens ensamrätt omfattar alltså inte, som nämns ovan, nya och självständiga verk som skapas i fri anslutning till ett annat verk enligt 1 kap. 4 § 2 st. URL.<sup>72</sup> Ett annat intressant rättsfall avseende 4 § 2 st. URL är NJA 2017 s.75 Svenska syndaböcker. Konstnären använde i fallet ett fotografiskt verk som underlag för konstverket och bedömningen var att det inte var intrång eftersom konstverket ansågs vara nytt och självständigt verk.

Den ideella rätten kallat "droit moral" framgår av 1 kap. 3 § URL. Enligt första och andra stycket i denna paragraf har upphovsmannen rätt att bli angiven när verket utnyttjas ("droit de la paternite") och en respekträtt som innebär att

---

<sup>68</sup> Prop. 2004/05:110 s. 377.

<sup>69</sup> SOU 1956:25 s. 100 och Prop. 1960:17 s. 60 f.

<sup>70</sup> Olin 2019a och Levin 2011 s. 136 f.

<sup>71</sup> 1 kap. 2 § 1 st. URL.

<sup>72</sup> Levin & Hellstadius 2019 s. 173.

upphovsmannen kan sätta sig emot om det görs kränkande ändringar av verket. Ideell rätt kan inte överlåtas men kan efterges enligt 1 kap. 3 § 3 st. och 3 kap. 27 § URL.

### **3.4 Intrång**

#### **3.4.1 När föreligger intrång**

Intrång i ensamrätten föreligger om det sker tillgängliggörande för allmänheten eller en exemplarframställning enligt 1 kap. 2 § URL. Exemplarframställning regleras, som nämnts, i 2 stycket. Vid bedömningen om det föreligger intrång vid exemplarframställning grundas det på en likhetsbedömning i det enskilda fallet. Med likhetsbedömning avses likheten mellan originalet och efterbildningen. För att bedöma om likhet föreligger bedöms det om de två versionerna ger samma etiska upplevelse.<sup>73</sup> Vid likhetsbedömningen bedöms även hur mycket likhet det måste föreligga för att det ska bedömas som intrång. För litterära verk är utgångspunkten att det är ett intrång om den delen som är tagen från originalet representerar det nya verket.<sup>74</sup> Vid bildkonst gäller det alla återgivningar, även om det är i en annan form dvs. tvådimensionellt eller tredimensionellt.<sup>75</sup> Som nämnts innan, så inskränks ensamrätten inte om efterbildningen själv skapar ett nytt och självständigt verk och då föreligger heller inte intrång.<sup>76</sup> Upphovsrätten erhålls således endast för verket och inte för idén bakom eller motivet som är avbildat vilket förklarades redan 1996 i WIPO Copyright Treaty artikel 2.<sup>77</sup>

#### **3.4.2 Inskränkningar och undantag**

Det första och självklara undantaget att det inte föreligger intrång är om det finns ett godkännande/tillstånd att använda verket från upphovsmannen eller annars från den som innehar rättigheterna till verket. De andra undantaget är när det finns en legal inskränkning i 2 kap. URL. Det kan till exempel vara då verket kopieras för privat bruk, se 2 kap. 12 § URL. Denna inskränkning kräver att användningen av

---

<sup>73</sup> Ibid. s. 173.

<sup>74</sup> Levin & Hellstadius 2019 s. 178 och C-310/17 och C-5/08.

<sup>75</sup> Levin & Hellstadius 2019 s. 180.

<sup>76</sup> Prop. 1960:17 s.76 f.

<sup>77</sup> Levin & Hellstadius 2019 s. 175.

kopiorna inte är i kommersiellt syfte. Dessutom får verket endast kopieras i begränsat omfång eller endast omfatta begränsade delar av verk. Det finns inget mått på hur mycket som får kopieras utan det avgörs från fall till fall. Det finns vidare en inskränkning för statliga arkiv och en del av de statligt finansierade biblioteken, se 2 kap. 16 § URL. Dessa aktörer får kopiera korta avsnitt av verket, men det krävs att de har tydliga ändamål som är angivna samt att det sker för en låntagarens räkning. Denna kopiering får oftast bara ske i pappersformat, alltså inte digitaliserat.<sup>78</sup>

Ett annat undantag gäller allmänna handlingar och regleras i 2 kap. 1 §. TF. Undantaget gäller möjligheten till utlämning av allmänna handlingar som kopior i pappersformat. Om ett upphovsrättsligt verk inkluderas i en allmän handling ska handlingen ändå lämnas ut. Vissa handlingar, som exempelvis beslut av myndigheter, kan inte erhålla upphovsrätt men verk som ingår i dessa kan dock erhålla upphovsrätt exempelvis alster av bildkonst i ett myndighetsbeslut enligt 1 kap. 9 § URL.

Inskränkningen avseende tillfälliga exemplar återfinns i 2 kap. 11a § URL och artikel 5.1 i InfoSocdirektivet. Paragrafen 2 kap. 11a§ stycke 1 och 2 lyder följande:

“**11 a §** Tillfälliga former av exemplar av verk får framställas, om framställningen utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och om exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen. Exemplaren får inte ha självständig ekonomisk betydelse.

Framställning av exemplar enligt första stycket är tillåten bara om det enda syftet med framställningen är att möjliggöra

1. överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand, eller
2. laglig användning, dvs. användning som sker med tillstånd från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare, eller annan användning som inte är otillåten enligt denna lag.”

---

<sup>78</sup> 2 kap. 16 § 1 st. URL.

Denna bestämmelse innebär att det finns en viss möjlighet att framställa tillfälliga exemplar utan att det innebär intrång. Inskränkning kräver i första stycket att exemplaren har en underordnad betydelse i den tekniska processen, kopian får heller inte ha en självständig ekonomisk betydelse och den tillfälliga exemplar framställningen behövs för att överföringssystem ska fungera effektivt. Dessa rekvisit ska föreligga samtidigt som en av punkterna i stycke 2 även måste föreligga, alltså har stycke 1 kumulativa rekvisit.<sup>79</sup> Eftersom TDM inte faller inom stycke 2 punkt 1 tillämpningsområde diskuteras endast punkt 2. Där laglig användning är när det antingen sker med upphovsmannens tillstånd eller om användningen faller utanför tillämpningsområdet exempelvis. privat bruk i 2 kap. 12 § URL.<sup>80</sup>

Med tillfälliga kopior menas även att kopiorna kommer raderas eller utplånas efter viss tid då de inte får vara varaktiga i processen.<sup>81</sup> Paragrafen är tänkt att reglera de tillfälliga exemplar som uppstår när verk överförs via olika internet servrar eller när någon ser på ett verk genom datorn.<sup>82</sup> Den tillfälliga exemplar framställningen kräver också att mellanhanden inte gör ändringar i informationen eller påverkar hur man tekniskt får fram hur informationen har använts.<sup>83</sup> Bestämmelsen är inte tillämplig vid tillfällig exemplarframställning av litterära verk i datorprogram eller sammanställning. Dessa omfattas inte av inskränkningen eftersom de inte kan uppstå tillfälliga kopior vid såna program och sammanställningar. För att det ska anses vara en kopia krävs det att en tillräcklig stor del av exempelvis en databas kopieras.<sup>84</sup> Inskränkningen för tillfällig exemplarframställning kan dock inte tillämpas om användningen strider mot ett normalt nyttjande av verket i fråga samt om det oskäligt mycket inskränker rättighetshavare legitima intresse.<sup>85</sup> Paragrafen ska tolkas restriktivt och sista stycket i bestämmelsen om tillfällig exemplarframställning kan tillämpas genom

---

<sup>79</sup> Olin 2018.

<sup>80</sup> Direktivet 2001/29/EG Skäl 33.

<sup>81</sup> Olin 2018.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> Direktiv 2001/29/EG Skäl. 33.

<sup>84</sup> Olin 2018 och Prop. 2004/05:110.

<sup>85</sup> Direktiv 2001/29/EG Artikel 5.5

en trestegsbedömning.<sup>86</sup> Trestegsbedömningen förklaras i NJA 2016 s.212 Wikimedia. Fallet gällde tillämpningen av 2 kap. 24 § 1 st. punkt 1 URL vilken bland annat anger att konstverk får avbildas om konstverket är placerad stadigvarande på eller vid allmän plats utomhus. I fallet hade Wikimedia en databas samt en webbplats som innehöll bilder av konstverk från allmänna platser vilka var hämtade från uppladdningar från internet. HD betonade att det är en skillnad på avbildning och överföring. HD gjorde en trestegsbedömning från artikel 5.5 i InfoSoc direktivet. Första steget behandlar inskränkningar och att de endast får tillämpas på vissa särskilda fall. Inskränkningen ska vara tydligt utformad och precis i lagtexten. Det andra steget är att det inte får strida mot ett normalt utnyttjande av det berörda verket. HD bedömde att begreppet “avbilda” är ett normalt utnyttjande av verket på allmänna platser och inkluderar inte digitalisering av verket. Slutligen i tredje steget så ska det inte oskäligt mycket inkräkta de legitima intresset för rättighetsinnehavaren. Avslutningsvis gjorde HD i det refererade fallet även en ändamålstolkning. Genom ändamålstolkningen fann HD att eftersom upphovsmannens ensamrätt inskränkts och att upphovsmannen inte fick någon ersättning innebar det en mycket större inskränkning än vad 2 kap. 24 § URL är tänkt att göra. Detta rättsfall har dock kritiserats av bland annat Mats Björkenfeldt, både vad gäller hur HD såväl tillämpat trestegsregeln, tolkat lagen samt den generella bedömningen i fallet.<sup>87</sup>

### **3.5 Prejudikat kopplat till kopiering vid teknisk process**

#### **3.5.1 C-5/08 Infopaq I**

I fallet skapades det sammanfattningar av tidningsartiklar, vilket skedde genom en teknisk process som innebar att det skapades exemplar av artiklarna. Den danska domstolen begärde förhandsavgörande gällande 13 frågor. EU-domstolen förklarade att flyktig exemplarframställning enbart föreligger om varaktigheten av exemplaren är begränsad till den tid som krävs för den tekniska processen. Därefter måste exemplaren raderas automatiskt utan mänskligt inflytande.<sup>88</sup> Att

---

<sup>86</sup> Olin 2018.

<sup>87</sup> Björkenfeldt 2016.

<sup>88</sup> C-304/10 Punkt 64.



nämna är dock att enligt nedanstående mål C-360/13 saknar kravet på mänskligt inflytande någon betydelse.

### **3.5.2 C-302/10 Infopaq II**

Efter domstolen hade fått svar från sina frågor i förhandsavgörandet i C-5/08 Infopaq I hade Högsta domstolen i Danmark fortfarande frågor kring om Infopaqs process går emot Upphovsrättsdirektivet.<sup>89</sup> Domstolen skickade därför ytterligare sju frågor till förhandsavgörande. Dessa frågor gällde tillämpningen av rekvisiten för tillfällig exemplarframställning i artikel 5.1 och även bestämmelsen i artikel 5.5, som förklarats ovanstående. Den första och andra tolkningsfrågan handlar om villkoret att kopieringen är en integrerad och väsentlig del i den tekniska processen. Därav ska kopieringen vara en viktig del för den tekniska processen.<sup>90</sup> I fallet kopierades tidningsartiklarna flera gånger under olika tillfällen i processen. Detta hade dock emellertid ingen betydelse i bedömningen.<sup>91</sup> Gällande tredje och fjärde tolkningsfrågorna bedömdes det om användningen är laglig och i det refererade fallet ansågs verksamheten inte otillåten enligt lag.<sup>92</sup> De femte och sjätte tolkningsfrågorna gör därefter en bedömning kring villkoret att kopieringen inte får ha en självständig ekonomisk betydelse. Detta innebär att kopian inte får ge en ekonomisk nytta utanför användningsområdet i sig själv.<sup>93</sup> Dessutom får kopieringen inte leda till att originalverket ändras.<sup>94</sup> EU-domstolen förtydligade att sådana sammanfattningar som skapades i fallet inte i sig är otillåtna.<sup>95</sup>

### **3.5.3 C-360/13 Public Relations Consultants Association**

Fallet handlade om mångfaldigande som sker när en webbsida automatiskt lagras på datorskärmen och huruvida det omfattas av inskränkningen i artikel 5.1. EU-domstolen fann att det i rättsfallet var inom bestämmelsen för tillfällig exemplarframställning. Detta motiverades av att kopiorna hade uppstått när användaren gick in på hemsidan och dessutom behövdes kopiorna skapas i cachen

---

<sup>89</sup> Direktiv 2001/29/EG.

<sup>90</sup> C-302/10 Punkt 30.

<sup>91</sup> Ibid. Punkt 34-36.

<sup>92</sup> Ibid. Punkt 44-46.

<sup>93</sup> Ibid. Punkt 50.

<sup>94</sup> Ibid. Punkt 53.

<sup>95</sup> Ibid. Punkt 44.

för att den tekniska processen skulle fungera.<sup>96</sup> Cacheminnet är där det tillfälligt lagras data och instruktioner som datorn håller nära för att de troligtvis kommer behöva användas igen.<sup>97</sup> Gällande första rekvisitet om tillfällighet så tas kopiorna i cacheminnet bort så fort användaren lämnar hemsidan och tiden för hur länge kopiorna finns kvar kan exempelvis bero på kapaciteten i cachen.<sup>98</sup> Rekvisitet kring att kopiorna ska vara en väsentlig del i den tekniska processen bedöms genom två kriterier. Kopieringen ska ske i sin helhet i den tekniska processen och att kopieringen är nödvändig för processen. Kopiorna i fallet har skapats och raderats genom cacheminnet alltså i den tekniska processen och kopiorna behövs skapas i cacheminnet för att internetanvändning i stor omfattning ska fungera rent tekniskt.<sup>99</sup> Kravet på att kopiorna har en underordnad betydelse bedöms vara om kopiorna själva inte har något syfte i förhållande till den tekniska processen samt om kopiorna bedöms som flyktiga.<sup>100</sup> Att kopiorna inte har någon egen existens eller syfte utöver den tekniska processen bedöms i fallet vara att cachekopiorna inte kan skapas utan den tekniska processen och den tekniska processen behöver inte kopiorna för att fungera.<sup>101</sup> Cachekopiorna och skärmkopiorna uppfyller även villkoren i artikel 5.5 i och med att internetanvändarna inte själva kan bedömas behöva inhämta tillstånd varje gång alltså ska det tillstånd som redaktörerna erhåller för sidan även gälla för internetanvändarna. Detta bedöms inte heller gå utöver normalt utnyttjande.<sup>102</sup> Kopiorna i cachen ansågs egentligen inte innefattas av inskränkningen men på grund av dess underordnade ställning kan inskränkningen tillämpas.<sup>103</sup> EU-domstolen anger även att det inte krävs att exemplaren raderas utan mänskligt inflytande för att det ska bedömas som flyktiga.<sup>104</sup>

---

<sup>96</sup> C-360/13 i domstolens beslut.

<sup>97</sup> It-ord, Cacheminne, 2018.

<sup>98</sup> C-360/13 Punkt 26.

<sup>99</sup> Ibid. Punkt 29 och 35.

<sup>100</sup> Ibid. Punkt 43 och 48.

<sup>101</sup> Ibid. Punkt 49.

<sup>102</sup> Ibid. Punkt 57, 59 och 62.

<sup>103</sup> Ibid. Punkt 63.

<sup>104</sup> Ibid. Punkt 41-42.

### 3.6 DSM-direktivet

Problematiken inom TDM kopplat till upphovsrätt behandlas i DSM-direktivet. Direktivet är tänkt att komplettera, bland annat, InfoSoc direktivet.<sup>105</sup> Direktivet ska vara implementerat av medlemsländerna 7 Juni 2021.<sup>106</sup> Vilket innebär att först ska det tas fram ett förslag till genomförande, sedan kommer förslaget i form av en promemoria remitteras och det kommer med remiss utfallet vara grunden för regeringens proposition till riksdagen.<sup>107</sup> Direktivet är menat att kunna garantera lagligheten för användning av TDM vid forskning och kultur även vid gränsöverskridande användning.<sup>108</sup> DSM-direktivet har två inskränkningar som gäller för TDM kopplat till upphovsrätten i artikel 3 och 4.<sup>109</sup>

Artikel 3 reglerar när upphovsrättsskyddade verk får användas vid TDM för forskningsändamål.<sup>110</sup> Inom dessa forskningsändamål är det tillåtet att det skapas kopior. Det finns dock krav i artikel 3.2 gällande lagringen och säkerheten för kopiorna som skapas.<sup>111</sup> Dessutom finns det krav i artikel 3.3 att rättighetshavaren har möjlighet att säkerhetsställa säkerheten och integriteten för användningen.<sup>112</sup> Användandet av forskningsändamål inkluderar forskningsorganisationer som definieras i artikel 2.1 och kulturarvsinstitutioner i artikel 2.3. Detta inkluderar lärare och studenter på alla utbildningsnivåer samt exempelvis offentliga bibliotek eller arkiv.<sup>113</sup> Inskränkningen i artikel 3 begränsas mot kommersiell verksamhet, se artikel 5.3a InfoSoc direktivet. Artikel 3 är även i sin helhet kopplat till InfoSoc

---

<sup>105</sup> Direktiv 2019/790 Skäl. 4.

<sup>106</sup> Direktiv 2019/790.

<sup>107</sup> Justitiedepartementet 2019.

<sup>108</sup> COM 2916 593 final.

<sup>109</sup> Direktiv 2019/790.

<sup>110</sup> “1. Medlemsstaterna ska föreskriva ett undantag från de rättigheter som fastställs i artiklarna 5 a och 7.1 i direktiv 96/9/EG, artikel 2 i direktiv 2001/29/EG och artikel 15.1 i det här direktivet för mångfaldigande och utdrag som forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner genomför för forskningsändamål i syfte att utföra text- och datautvinning av verk eller andra alster som de har lagligt tillgång till.”

<sup>111</sup> “2. Kopior av verk eller andra alster som framställts i enlighet med punkt 1 ska lagras på ett sätt som garanterar en lämplig säkerhetsnivå och får behållas för forskningsändamål, inbegripet för verifiering av forskningsresultat.”

<sup>112</sup> “3. Rättsinnehavare ska ha rätt att vidta åtgärder för att säkerställa säkerheten och integriteten i nätverk och databaser där verk eller andra alster finns. Dessa åtgärder ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.”

<sup>113</sup> COM (2016) 593 final.

artikel 5.3a.<sup>114</sup> För att få en förståelse kring artikelns område kan man se till annan nationell lagstiftning såsom i USA där bedömningen om när upphovsrättsliga verk får användas görs genom benämningen “fair use”, vilket skapar en möjlighet för mer användningsområden och utveckling för TDM.<sup>115</sup> I Storbritannien har man liknande DSM-direktivets bestämmelser skapat reglering specifikt kring TDM och upphovsrätt. Denna reglering innebär att TDM får användas för icke kommersiell forskning.<sup>116</sup> Inom forskningen i EU kan dock forskarna erhålla exempelvis licenser för att få tillgång till material lagligt men detta innebär dock inte att innehållet får användas vid TDM. Därför är detta undantaget viktigt för att kunna använda TDM i mer forskning och inte konkurreras ut av länder med annan lagstiftning som exempelvis USA.<sup>117</sup> Artikel 3 kommer vid implementering bli tvingande alltså kommer inte rättighetshavaren kunna avtala om annat exempelvis genom licensavtal.<sup>118</sup>

Artikel 4 anger en generell bestämmelse för användningen av TDM med upphovsrättsligt skyddade verk.<sup>119</sup> Medlemsstaterna ska skapa bestämmelser så att TDM kan användas som artikel 3 stadgar, dock begränsar artikel 4 inte dessa bestämmelser endast till forskningsändamål. Kravet är att de kopiorna som skapas för att användas i TDM inte får sparas längre än nödvändigt enligt punkt 2.<sup>120</sup> Artikel 4 gör att det skapas en presumtion att verket får användas om inte upphovsmannen motsätter sig detta.<sup>121</sup> Att rättighetshavaren kan motsätta sig användningen är dock inte tillämpligt när användning av TDM sker grundat på

---

<sup>114</sup> Direktiv 2019/790 Artikel 3 och Punkt 3 “3. Medlemsstaterna får föreskriva undantag eller inskränkningar i de rättigheter som avses i artiklarna 2 och 3 i följande fall:

a) Användning uteslutande i illustrativt syfte inom undervisning eller vetenskaplig forskning, i den utsträckning som är motiverad med hänsyn till det icke-kommersiella syfte som skall uppnås, förutsatt att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt.”

<sup>115</sup> Rosati 2018a s. 7. och §107 i US Copyright Act

<sup>116</sup> Rosati 2018a s. 8. och 29A i Copyright, Designs and Patents Act 1988.

<sup>117</sup> Direktiv 2019/790 Skäl 10.

<sup>118</sup> Direktiv 2019/790 Artikel 7.1 och Skäl 10.

<sup>119</sup> “1. Medlemsstaterna ska föreskriva ett undantag från, eller en inskränkning i, de rättigheter som föreskrivs i artiklarna 5 a och 7.1 i direktiv 96/9/EG, artikel 2 i direktiv 2001/29/EG, artikel 4.1 a och b i direktiv 2009/24/EG och artikel 15.1 i det här direktivet för mångfaldigande och utdrag av lagligen tillgängliga verk och andra alster för text- och datautvinningsändamål.”

<sup>120</sup> Direktiv 2019/790 Artikel 4. Punkt 2. “2. Verk och andra alster som mångfaldigats och dragits ut i enlighet med punkt 1 får behållas så länge de är nödvändigt för text- och datautvinningsändamål”

<sup>121</sup> Turkewitz 2019. och Direktiv 2019/790 Artikel 4. Punkt 3. “3. Det undantag eller den inskränkning som föreskrivs i punkt 1 ska tillämpas på villkor att användningen av verk och andra alster som avses i den punkten inte uttryckligen har förbehållits deras rättsinnehavare på lämpligt sätt, exempelvis maskinläsbara metoder i fråga om innehåll som gjorts allmänt tillgängligt online.”

forskningsändamål i enlighet med artikel 3.<sup>122</sup> Artikel 4 utökar inskränkningarna InfoSoc direktivet artikel 5.1.<sup>123</sup>

För behandling av data vid TDM krävs det tillstånd från rättighetsinnehavaren, om det inte finns tillämpligt undantag eller inskränkning.<sup>124</sup> Detta gäller även för områdena som inte omfattas av kravet på forskningsändamål. Direktivet understryker samtidigt att hänsyn bör tas till att användare av TDM kan antas vara osäkra på vad som gäller om deras användning inte tydligt innefattas i inskränkning. Inskränkningen i artikel 4 kräver att tillhandahållandet har skett på laglig väg, vilket även omfattar när verket tillgängliggjorts för allmänheten online. Utöver detta krävs det, som sagt, att rättsinnehavare inte förbehåller sig rätten gällande mångfaldigande och utvinning vid TDM.<sup>125</sup> DSM-direktivet ska inte påverka tillämpbarheten av bestämmelsen 2 kap. 11a § URL, från artikel 5.1 InfoSoc direktivet, gällande tillfällig exemplarframställning. Det finns även kvar de undantag för enklare data som inte erhåller någon upphovsrätt.<sup>126</sup>

### 3.7 Sammanfattande analys

Upphovsrätten skyddar litterära och konstnärliga verk. Verken behöver ingen registrering och det finns heller inte något kvalitets krav förutom det omdiskuterade kravet på verkshöjd/originalitet. I uppsatsen antas det att de verken som används vid kopiering har erhållit upphovsrätt varför detta inte diskuteras mer. För att det inte ska kränka upphovsmannens ensamrätt så krävs det att efterbildningen bedöms vara ett nytt verk. Om detta inte är fallet föreligger intrång. En exakt kopia blir alltså ett intrång om inte något undantag eller inskränkning är tillämplig.

---

<sup>122</sup> “4. Denna artikel ska inte påverka tillämpningen av artikel 3 i detta direktiv.”

<sup>123</sup> Quintais 2019. och “1. Tillfälliga former av mångfaldigande enligt artikel 2, som är flyktiga eller utgör ett inkluderande av underordnad betydelse och som utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och vars enda syfte är att möjliggöra.

a) en överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand eller b) en laglig användning av ett verk eller annat alster och som inte har någon självständig ekonomisk betydelse, skall undantas från den rätt till mångfaldigande som avses i artikel 2.”

<sup>124</sup> Direktiv 2019/790 Skäl. 18.

<sup>125</sup> Ibid. Skäl. 18.

<sup>126</sup> Ibid. Skäl. 9.

Ensamrättens exemplarframställning i 1 kap. 2 § 2 st. URL inkluderar tillfälliga kopior från ett dators arbetsminne. Denna bestämmelse har en inskränkning i 2 kap. 11a § URL om tillfällig exemplarframställning vilket är exempelvis när verk överförs mellan olika internetservrar eller när ett verk visas via datorn. Men denna inskränkning har även andra krav. Kraven är att exemplaret ska ha en underordnad betydelse, exemplaren ska inte heller ha en självständig ekonomisk ställning och själva kopieringen ska vara en viktig del i den tekniska processen. Vid TDM grundar sig hela processen och slutliga resultatet på den grundinformation som matas in från början. Det man matar in kopieras och bearbetas och går igenom alla stegen inom KDD för att till sist vara grunden till det slutliga resultatet. Gällande rekvisitet att kopiorna är nödvändiga för den tekniska processen så behövs oftast kopior skapas för TDM processen. I de fall kopiorna skapas så behövs kopieringen för att processen ska kunna leda till det sjunde steget. De andra fallen som inte kopierar vid TDM diskuteras inte i uppsatsen. Dessutom sker kopieringen inom processen av TDM. Rekvisitet gällande att kopiorna inte får ha en egen ekonomisk ställning kan relateras till hur kopiorna som skapas i processen kan användas. Detta krav är inte helt självklart tillämpligt eftersom det kräver att kopieringen ger en ekonomisk nytta utanför TDM området. Men i och med att det skapas inom TDM processen bör de ge samma slutsats som kopiorna som skapades i cacheminnet i rättsfallet C-360/13 (Public Relations Consultants Association). Exemplaret/kopian ska även ha en underordnad betydelse. Kravet på flyktighet och underordnad ställning bedömdes i rättsfallet C-360/13 (Public Relations Consultants Association). Där ansåg domstolen att de kopiorna som bara skapades i "catchen" egentligen inte skulle bedömas som tillfällig exemplarframställning. Det godkändes dock som tillfällig exemplarframställning på grund av kopiornas underordnade ställning. En kopiering i TDM processen innebär att det skapas kopior, att dessa kopior bearbetas och att dessa bearbetade kopiorna dessutom är en stor del av slutresultatet. På grund av att kopiorna omfattas i så stor omfattning i alla dessa stegen bör inte detta bedömas som att kopiorna har en underordnad ställning. Detta styrks även genom C-5/08 (Infopaq I) som diskuterar kravet på flyktighet. För även vid kopiering i TDM processen så raderas inte kopiorna vid slutet av den tekniska processen utan är en del av det

sjunde steget i KDD processen (se kapitel 2 ovan). Dessa rekvisit kräver också att användningen är tillåten antingen genom tillstånd av upphovsman eller de andra legala inskränkningarna i 2 kap. URL exempelvis för privat bruk kan fortfarande tillämpas om omständigheterna föreligger. Trots det bör inte kopiorna som skapas vid användningen av TDM kunna bedömas vara tillfällig exemplarframställning enligt 2 kap. 11a § 1 st. URL.

Kopiering vid TDM kan dock vara tillåtet genom inskränkningarna i det nya DSM-direktivet. Den första inskränkningen i artikel 3 gäller forskningsändamål. Forskningsändamål inkluderar forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner men forskningsändamål inkluderar inte kommersiell verksamhet. Det mest intressanta för uppsatsen är inskränkningen i artikel 4 där medlemsländerna själva får skapa reglering om när data tillhandahållits på laglig väg. Skäl 18 i DSM-direktivet förklarar när det ska vara tillåtet att använda den lagligt tillhandahållna datan vid TDM. Lagligt tillhandahållande föreligger även när det har tillgängliggjorts för allmänheten online. Användningen av TDM är dock inte tillåten om rättsinnehavaren har motsatt sig att denna data, som kan vara exempelvis ett upphovsrättsligt skyddat verk, används. Det bedöms även otillåtet om användningen är olaglig men det är inte fallet vid TDM. Utöver undantagen och inskränkningarna i DSM-direktivet får data/verket användas för TDM om det finns ett tillstånd från själva rättighetsinnehavaren.

## 4. Exempel på användningsområden

*Detta kapitel kommer redogöra för två alternativ där TDM används och där datan kan innehålla upphovsrättsligt skyddat verk. Första exemplet är när TDM används inom automatiserad beslutsfattning inom myndigheter. Det andra exemplet när TDM används inom mode. Avslutande del kommer föra en sammanfattning och analys kring om användningen för TDM inom dessa två användningsområden kan bedömas göra intrång i upphovsrätten.*

### 4.1 Inledning

AI med hjälp av TDM kan användas i flera olika användningsområden. TDM kan användas av banker och finans för att lättare och effektivare göra kreditriskbedömningar eller analyser av olika branscher och sektorer. Ett annat användningsområde är inom marknadsföring och kan då användas för att se hur information sprids och kunna påverka detta samt för att förbättra marknadsföringen till olika målgrupper. Dessutom finns det ett användningsområde i kriminologin och för att exempelvis hjälpa polisen upptäcka brott.<sup>127</sup> Utöver detta används det inom utbildning, inom socialförsäkringen och annan allmän förvaltning. Vid Försäkringskassan, som administrerar stora delar av socialförsäkringen, används TDM bland annat för att identifiera om det skett felaktiga utbetalningar. Användningen av TDM vid allmän förvaltning kan bidra till att fel minskas i besluten, detta framför allt inom skatteförvaltningen.<sup>128</sup> Vid en studie på Cornell Universitet användes även TDM för hitta mönster och samband kring mode.<sup>129</sup> Detta är några av de olika områdena som TDM kan användas inom och där upphovsrättsligt skyddade verk kan utgöra data. De två exempel gällande automatiserade myndighetsbeslut och inom modebranschen kommer att beskrivas ytterligare nedan.

---

<sup>127</sup> Rosati 2018a s.3.

<sup>128</sup> Myndigheten för digital förvaltning 2020 s. 10.

<sup>129</sup> Bala, Matzen, Snavely 2017 s.1.



## 4.2 Myndighetsbeslut

Användningen av automatiserat beslutsfattande inom statsförvaltningen blir allt vanligare. Dessa automatiserade beslut finns nu inom föräldrapenningen hos Försäkringskassan och gällande trängselskatt hos Transportstyrelsen.<sup>130</sup> I Förvaltningslagen finns bestämmelser om att beslut får ske automatiserat. Även Kommunallagen (2017:725) har bestämmelser kring automatiserade beslut men dessa bestämmelser reglerar endast laglighets överklagan. Bestämmelserna i FL omfattar bara själva beslutet och inte underlaget, hur detta har hämtats eller bearbetats. Det fanns även tidigare specialreglering som gjorde automatiserat beslutsfattande möjligt även före bestämmelserna i Förvaltningslagen. Dessa gällde bland annat Försäkringskassan och Skatteverket.<sup>131</sup> Vid automatiserat beslutfattande så omvandlas rättskällorna, som används för att ta besluten, till steg i en eller flera algoritmer.<sup>132</sup> Ett problem som uppstår är att tillämpning av juridik oftast inte är ett rakt ja eller nej utan svaret beror ofta på det enskilda fallet och detta kräver bland annat argumentation och skälighetsbedömningar.<sup>133</sup>

Offentlighetsprincipen kan krocka med upphovsrättens skydd om det är ett verk som ska användas i ett myndighetsbeslut. Den svenska upphovsrätten var förr inte förenlig med de upphovsrättsliga skyddskraven inom Bernkonventionen och TRIP:s-avtalet. Vilket både Bernkonventionen och TRIP:s-avtalet är internationella överenskommelser som innefattar bland annat upphovsrätt. På grund av att den svenska regleringen inte var förenlig med dessa har det utvecklats utökade skyddsregler som gäller sekretessen av upphovsrättsliga verk i samband med förvaltningsarbetet. Dessa gäller såväl myndighetens exemplarframställning som spridning mot upphovsmannens vilja.<sup>134</sup> Dessa bestämmelser återfinns i 1 kap. 8-9 §§ URL där det framgår att upphovsrätt inte kan föreligga för de beslut myndigheter tar. I 2 kap. 26 och 26b §§ URL specifikt 26 § 1 st punkt 1 URL handlar det om att det är tillåtet att återge vad som framförts muntligen eller

---

<sup>130</sup> Riksrevisionen 2019.

<sup>131</sup> Wikell 2018 s. 1.

<sup>132</sup> Magnusson Sjöberg 1992 s. 37.

<sup>133</sup> Seipel 2004 s. 189.

<sup>134</sup> Prop. 1999/2000:35.

skiftningen inför myndigheter. Bestämmelsen 2 kap. 26b § URL förtydligar att rätten till allmänna handlingar gäller i och med 2 kap. TF. Men mottagaren måste ändå beakta upphovsrätten. Dock får tryckfrihetsförordningens rättigheter begränsas genom vissa angivna ändamål vilket regleras i sekretesslagen och gällande upphovsrätt i 31 kap. 23 § sekretesslagen.<sup>135</sup>

### 4.3 Modealgoritmer

I studien från Cornell Universitetet användes 100 miljoner bilder som fanns tillgängliga på Instagram. Genom att använda maskininlärning med algoritmer kunde forskarna genom TDM hitta mönster och samband kring hur olika människor klär sig beroende på när och vart i världen de befinner sig i. Dessutom kunde de hitta skillnader i preferenser gällande färger.<sup>136</sup> Dessa bilder var som sagt tagna från Instagram och Instagrams licens är varken exklusiv, kräver royalty eller möjlig att vara underlicensierbar. Instagrams bestämmelser innebär också att användaren själv ansvarar för att erhålla de rättigheterna som krävs från rättighetshavarna för att få en licens att använda verket.<sup>137</sup> Studien tar även upp möjligheten för användare att ladda upp foton exempelvis på webbplatser som chictopia.com som erbjuder en sökmotor som får fram relevanta och liknande bilder.<sup>138</sup>

I modebranschen finns det även andra som använder algoritmer. Google som har en stor roll i AI och har även implementerat det inom mode. De skapade en app vars namn är "Runway Palette". Denna app har som funktion att sortera olika outfits och mode grundat på färg. Appen har över 140 000 bilder från modevisningar vilka organiseras. Dessa bilder har erhållits från företaget Business of Fashion. Men utöver detta kan även användaren själv ladda upp en egen bild på en outfit som sedan matchas i appen med liknande outfits.<sup>139</sup> Den senare funktionen återfinns även i Amazons nya verktyg som med hjälp av AI hjälper

---

<sup>135</sup> Prop. 1999/2000:35.

<sup>136</sup> Bala, Matzen, Snavely 2017 s. 1.

<sup>137</sup> Rosati 2018b.

<sup>138</sup> Bala, Matzen, Snavely 2017 s. 3.

<sup>139</sup> Bonifacic 2020.

användarna att hitta de kläder de söker för att sedan kunna handla. Deras verktyg har namnet “Stylesnap”. Användaren kan alltså även här ladda upp en bild och Amazons verktyg visar sen ett liknande klädesplagg genom att använda sig av maskininlärning för att matcha olika och liknande klädesplagg med varandra.<sup>140</sup>

## **4.4 Sammanfattande analys**

### **4.4.1 Myndighetsbeslut**

Myndighetsbesluten som sker genom automatiserat beslutsfattande stöds av Förvaltningslagen. Men detta omfattar endast att själva beslutet är lagligt. Att data insamlas och i de flesta fall kopieras, bearbetas och presenteras i beslutet vid TDM reglerar FL bestämmelse dock nödvändigtvis inte. Även reglerna i URL som grundar sig i Bernkonventionen och Trips-avtalet riktar sig till myndighetens slutliga beslut och offentlighetsprincipen. Även här reglerar dessa bestämmelser inte att exemplarframställningen får ske vid inmatningen av data. Data som lämnas in till myndigheten för att sedan matas in i processen för TDM och beslutsfattande kan möjligtvis vara skyddad av sekretessbestämmelser för att de inte ska lämnas ut. Men det finns inte några bestämmelser kring myndighetens rätt att få göra exemplarframställning av upphovsrättsliga data i sin beslutsprocess. Det blir alltså en fråga om förvaltningens ändamål av automatiserat beslutsfattande går före URL bestämmelser om upphovsrättsligt intrång. Gällande utlämning av allmänna handlingar med upphovsrättsligt skyddade verk så gäller undantag endast för beslut som är tagna men gäller inte kopiorna som matas in hos myndigheten. Det bedöms inte som intrång när myndigheten kopierar och lämnar ut beslut men om verket kopieras i digitalt arbete för att det ska tas ett beslut är som sagt inte reglerat.

### **4.4.2 Modealgoritmer**

Vid användandet av modealgoritmer är första frågeställningen om bilderna, som exempelvis användes vid studien från Cornell Universitet, omfattas av upphovsrätt. Dessa var tagna från Instagram och därför gäller Instagrams

---

<sup>140</sup> Vincent 2019.

bestämmelser. Men bilderna kunde omfattas av upphovsrätt med ensamrätt. Att bilderna som används vid TDM är upphovsrättsligt skyddade kan även vara fallet vid några av de andra företagens verktyg. Bilderna som laddas upp i verktygen går igenom hela processen av TDM vilket inkluderar ett mångfaldigande. Dessutom inkluderas även de bilder som används som urval för att visa liknande klädesplagg i TDM processen och mångfaldigas även dem.

## 5. Avslutande sammanfattning och slutsats

Användningen av TDM har ökat i och med att tekniken utvecklas. Det finns diskussioner kring att upphovsrätten inte tillräckligt kan anpassas i samma takt som tekniken och på grund av detta blir regleringen kring ensamrätten inte lika tydlig. I upphovsrätten finns det tydliga bestämmelser att exemplarframställning inte får ske om inte någon av undantagen eller inskränkningarna kan tillämpas för i sådana fall föreligger intrång. Vid processen av TDM kopieras oftast data vid inmatning och behandlas för att få det slutliga resultatet. Om denna data är ett upphovsrättsligt skyddat verk så kopieras därmed detta verk. Dessa är kopior och kan därför inte bedömas vara nya och självständiga verk. Det finns undantag och inskränkningar för TDM. I upphovsrättslagen finns det en inskränkning specifikt gällande tillfälliga exemplar i paragraf 2 kap. 11a § URL. Som diskuterats i kapitel 3 gäller denna tillfälliga kopior ur ett dators minne. Eftersom de i målet C-360/13 (Public Relations Consultants Association) bedömde att de kopior som skapades i catchen i datorn inte var tillfälliga kopior så bör inte heller kopior vid TDM omfattas av det rekvisitet. Detta för att i kopiorna används i hela processen och slutresultatet vid TDM. I målet bedömdes att framställningen vara tillåten pga. att kopian bedömdes ha underordnad ställning. Detta är något som inte heller gäller vid användning av TDM. Samma slutsats gäller vid kravet på flyktighet, eftersom kopiorna inte raderas under någon gång av den tekniska processen då de är del av slutresultatet. Det rekvisit som uppfylls vid TDM är att kopiorna krävs för att processen ska fungera. Sammanfattningsvis, kan därför inte en kopia som skapas i processen av TDM omfattas av bestämmelsen om tillfällig exemplarframställning i 2 kap. 11a § URL.

En annan möjlighet för att det inte ska föreligga intrång är inskränkningarna i artiklarna 3 och 4 i DSM-direktivet. Ena inskränningen i DSM-direktivet, artikel 3, kräver att användningen är för ett forskningsändamål. I artikel 4 anges det att medlemsstaterna själva får skapa bestämmelser inom artikelns krav och detta ska vara genomfört senast 7 Juni 2021 och då kan rättsläget bli tydligare. Artikeln 4

anger även att upphovsrättsligt skyddade verk får användas i processen om detta har tillhandahållits på laglig väg och inte rättighetsinnehavaren motsätter sig detta. Artikeln inkluderar även krav om bland annat att data får inte sparas längre än nödvändigt. Om rättighetshavaren motsätter sig användningen så är inget av inskränkningarna i DSM-direktivet tillämpliga.

Myndigheters användning av automatiserat beslutsfattande har fler bestämmelser med inskränkningar i Förvaltningslagen samt även URL. De inskränkande bestämmelserna i FL och URL gäller för det slutliga beslutet och kan inte appliceras på kopiorna som skapas i processen av TDM. En möjlighet är om dessa kopior skyddas av några sekretessbestämmelser men även då reglerar det endast själva utlämningen av allmänna handlingar. Om det är en myndighet som arbetar inom kravet på forskningsändamål kan inskränkningarna i DSM-direktivet tillämpas. Om inte det är fallet behöver myndigheten rättighetsinnehavarens tillstånd för att använda verket inom TDM. Utöver detta finns det inga bestämmelser som skulle göra att om kopior skapas vid inmatningen för automatiserat beslutsfattande inte innebär upphovsrättsligt intrång. Det finns heller inte några rättsprinciper som pekar på att kopieringen vid automatiserat beslutfattande går före URL och rättighetshavarens rättigheter.

Exemplet om modealgoritmer visar hur TDM används inom modebranschen. Vid Cornell Universitet studien användes bilder från Instagram som också kan användas vid exempelvis. amazons verktyg. Studien kan vid implementering av DSM-direktivet tillämpa inskränkningarna gällande forskningsändamål. Bilderna i studien omfattades av Instagrams bestämmelser vilket kräver att användaren ansvarar att ha licens från rättighetshavaren för att använda upphovsrättsligt skyddade verk. Undantaget att ha tillåtelse från rättsinnehavaren kan vara fallet i Googles app. Det kan dock föreligga intrång om det matas in en upphovsrättsligt skyddad bild utan tillstånd i verktygen som använder TDM för att hitta liknande klädesplagg. Det kan således innebära intrång om ingen av inskränkningarna från URL eller DSM-direktivet kan appliceras vid användningen av de olika verktygen.

Avslutningsvis, för att svara på syftet med uppsatsen som var *att utreda om användningen av data för text- och datautvinning vid AI kan innebära upphovsrättsligt intrång*. Så kopieras oftast den data som matas in vid processen av TDM. Upphovsrättsligt intrång föreligger vid exemplarframställning och därför kan inmatning av data för TDM innebära intrång men inte om något av undantagen eller inskränkningarna kan tillämpas. Inskränkningarna i URL gällande tillfälliga kopior kan inte tillämpas vid TDM. Möjliga inskränkningar är antingen inskränkningarna i URL gällande exempelvis privat bruk eller arkivändamål, inskränkningarna i DSM-direktivet eller som sista möjlighet är om användaren införskaffar en tillåtelse av upphovsmannen. Om inte något av dessa undantag eller inskränkningar föreligger så innebär inmatning av upphovsrättsligt skyddade verk till processen av TDM upphovsrättsligt intrång.

När DSM-direktivet är genomfört kommer troligen rättsläget kring TDM och upphovsrätt inte vara lika otydligt. Detta exempelvis om det kommer prejudikat som hanterar artiklarna. Bestämmelsen i 2 kap. 11a § URL, gällande tillfällig exemplarframställning, kommer dock troligtvis även i framtiden vara svår att tillämpa. Detta eftersom att det har klargjorts att bestämmelsen kan tillämpas på exempelvis när ett verk överförs vid olika internetserverar och ska egentligen inte kunna tillämpas på när kopior skapas i cacheminnet. I rättsfallet C-360/13 (Public Relations Consultants Association) kunde dock bestämmelsen tillämpas på grund av andra faktorer, så som underordnad ställning. På grund av detta så blir det en fall till fall bedömning som kan bli mindre förutsägbar ju mer tekniken utvecklas.

## **Käll- och litteraturförteckning**

### **Offentligt tryck**

#### **Sverige**

Prop. 1960:17, *med förslag till lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk m.m.*, Stockholm, Justitiedepartementet.

Prop. 1999/2000:35, *Upphovsrätten och offentlighetsprincipen.*, Stockholm, Justitiedepartementet.

Prop. 2004/05:110, *Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.*, Stockholm, Justitiedepartementet.

SOU 1956:25 s.35, *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk*, Stockholm, Justitiedepartementet.

#### **Europeiska unionen**

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

Europeiska kommissionen, *Förslag till europaparlamentets och rådets direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden*, COM (2016) 593 final, Bryssel den 14 september 2016.



Europeiska kommissionen, *Meddelande från kommissionen till europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén. Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten*, COM (2015) 626 final av den 9 December 2015.

## **Litteratur**

Akerkar, Rajendra, *Artificial intelligence for business*, Springer, Cham, Switzerland, 2019.

Bala, K., Matzen, K., Snavely, N, *Streetstyle: exploring world-wide clothing styles from millions of photos*, Cornell University, Ithaca, 2017.

Björkenfeldt, Mats, *Offentlig konst mindre offentlig. Kommentar till Högsta domstolens beslut den 4 april 2016 (NJA 2016 s. 212) 3/2016*, NIR, Lund, 2016.

Fayyad, U., Piatetsky-Shapiro, G., and Smyth, P., *Knowledge discovery and data mining: towards a unifying framework*, AAAI, California, 1996.

Han, Jiawei, Kamber, Micheline & Pei, Jian, *Data mining: concepts and techniques*, 3. uppl., Elsevier/Morgan Kaufmann, Waltham, Mass., 2012.

Hargreaves, Ian, *Digital Opportunity A Review of Intellectual Property and Growth*, UK Intellectual Property Office, Newport, 2011.

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, 10 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Levin, Marianne & Hellstadius, Åsa, *Lärobok i immaterialrätt upphovsrätt, patenträtt, mönster- och formgivningrätt, känneteckensrätt - i Sverige, EU och internationellt*, MTM, Johanneshov, 2019.

Magnusson Sjöberg, Cecilia, *Rättsautomation: särskilt om statsförvaltningens datorisering*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 1992.

Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018.

Olin, Anders, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 kap. 2 §, Karnov kommentar (JUNO), hämtad: 14-04-2020.

Olin, Anders, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk 1 kap. 11 a §, Lexino kommentar (JUNO), 2018, hämtad: 14-04-2020.

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT, Uppsala, 2004.

Piatetsky-Shapiro, G, *Knowledge Discovery in Real Databases: A Report on the IJCAI-89 Workshop*, Vol 11, No 5, AI Magazine, California, 1991.

Rosati, Eleonora, *The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market - Technical Aspects*, European Parliament, 2018a.

Russell, Stuart Jonathan & Norvig, Peter, *Artificial intelligence: a modern approach*, 3. uppl., Pearson Education, Boston, 2010.

Seipel, Peter, *Juridik och IT: introduktion till rättsinformatiken*, 8 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2004.

Wikell, Staffan, *Automatiserat beslutsfattande i den kommunala förvaltningen*, Sveriges Kommuner och Landsting, Stockholm, 2018.

WIPO Secreteriat, *Draft issues paper on intellectual property policy and artificial intelligence*, WIPO, Geneva, 2019.

## Internetkällor

Andersson, Dan, *AI för content: Begreppen du måste ha koll på*, Columbusglobal, 2017, <https://www.columbusglobal.com/sv/blogg/ai-for-content-begreppen-du-maste-ha-koll-pa>, hämtad: 21-04-2020.

Bonifacic, Igor, *Google's latest AI experiment allows you to explore fashion through colour*, 2019, [https://www.engadget.com/2019/11/22/google-runway-palette-living-archive-ai/?guce\\_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&u ce\\_referrer\\_sig=AQAAAGMe6GgNxYzhhUkZJ-gX49unQ89Vj57WWo48Q5PK-o5jdJcWm01UUB7PwQNMQcQEqu6bomIphDXRNnMrpjjfmhhJoWTdeqBCAYOG5bYnJDGjeugPqselcJT\\_3AJ06HtDgElgdhr7z-iDFPcbMYSYJVs7pNoj\\_yaEJnW8C-XkJkrV&guccounter=2](https://www.engadget.com/2019/11/22/google-runway-palette-living-archive-ai/?guce_referrer=aHR0cHM6Ly93d3cuZ29vZ2xlLmNvbS8&u ce_referrer_sig=AQAAAGMe6GgNxYzhhUkZJ-gX49unQ89Vj57WWo48Q5PK-o5jdJcWm01UUB7PwQNMQcQEqu6bomIphDXRNnMrpjjfmhhJoWTdeqBCAYOG5bYnJDGjeugPqselcJT_3AJ06HtDgElgdhr7z-iDFPcbMYSYJVs7pNoj_yaEJnW8C-XkJkrV&guccounter=2), hämtad: 23-04-2020.

It-ord, *Algoritm*, 2019, <https://it-ord.idg.se/?s=algoritm>, hämtad: 04-05-2020.

It-ord, *Artificiell intelligens*, 2019, <https://it-ord.idg.se/ord/artificiell-intelligens/>, hämtad: 15-05-2020.

It-ord, *Cacheminne*, 2018 <https://it-ord.idg.se/ord/cacheminne/>, hämtad: 04-05-2020.

Justitiedepartementet, *Genomförande av EU:s nya upphovsrättsdirektiv*, 2019, <https://www.regeringen.se/artiklar/2019/05/genomforande-av-eus-nya-upphovsrattsdirektiv/>, hämtad: 26-05-2020.

Myndigheten för digital förvaltning, *Framja den offentliga förvaltningens förmåga att använda ai Delrapport i regeringsuppdraget*, <https://www.digg.se/globalassets/slutrappport---framja-den-offentliga-forvaltningens-formaga-att-anvanda-ai.pdf>, hämtad: 22-04-2020.

Nationalencyklopedin, *maskininlärning*, <http://www.ne.se.ludwig.lub.lu.se/uppsla gsverk/encyklopedi/lang/maskininlarning>, hämtad: 14-04-2020

Quintais, Joao Pedro, *The New Copyright Directive: A tour d'horizon - Part I*, 2019, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/06/07/the-new-copyright-directive-a-tour-dhorizon-part-i/>, hämtad: 20-04-2020.

Riksrevisionen, *Automatiserat beslutsfattande i statsförvaltningen*, 2019, <https://www.riksrevisionen.se/nu-granskas/pagaende-granskningar/automatiserat-beslutsfattande-i-statsforvaltningen.html>, hämtad 22-04-2020.

Rosati, Eleonora, *Fashion, algorithms, and copyright: is it all about what we want or rather what we didn't know we want?*, 2018b, <http://ipkitten.blogspot.com/2018/09/fashion-algorithms-and-copyright-is-it.html>, hämtad: 04-04-2020.

Turkewitz, Neil, *Sustainable text and Data Mining: A look at the Recent EU Copyright Directive*, 2019, [https://medium.com/@nturkewitz\\_56674/sustainable-text-and-data-mining-an-look-at-the-recent-eu-copyright-directive-9ea13ba05f60](https://medium.com/@nturkewitz_56674/sustainable-text-and-data-mining-an-look-at-the-recent-eu-copyright-directive-9ea13ba05f60), hämtad: 19-04-2020.

Vincent, James, *Amazon launches AI-powered 'Shazam for clothes' fashion search*, 2019, <https://www.theverge.com/2019/6/5/18653967/amazon-fashion-ai-stylesnap-mobile-app-clothes-search>, hämtad 23-04-2020.

## **Rättsfallsförteckning**

### **Sverige**

NJA 1981 s.313 Två herrars tjänare

NJA 1989 s.315 Evert Taube

NJA 1994 s.74 Smultron

NJA 2004 s.149 Golvskiva

NJA 2009 s.159 Mini Maglite

NJA 2015 s.1097 C More Entertainment

NJA 2016 s.212 Wikimedia

NJA 2017 s.75 Svenska syndabockar

PMT 5885/18 Daniel Wellington

### **Europeiska unionen**

C-5/08 Infopaq I, Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 16 juli 2009 Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2009:465

De förenade målen C-403/08 och C-429/08 Football Association Premier League m.fl., Domstolens dom (stora avdelningen) den 4 oktober 2011 Football Association Premier League Ltd m.fl. mot QC Leisure m.fl. (C-403/08) och Karen Murphy mot Media Protection Services Ltd (C-429/08), ECLI:EU:C:2011:631

C-302/10 Infopaq II, Domstolens beslut (tredje avdelningen) den 17 januari 2012  
Infopaq International A/S mot Danske Dagblades Forening, ECLI:EU:C:2012:16

C-604/10 Football Dataco m.fl., Domstolens dom (tredje avdelningen) av den 1  
mars 2012 Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo! UK Ltd m.fl.,  
ECLI:EU:C:2012:115

C-145/10 Painer, Domstolens beslut (tredje avdelningen) den 7 mars 2013  
Eva-Maria Painer mot Standard VerlagsGmbH m.fl., ECLI:EU:C:2013:138

C-360/13 Public Relations Consultants Association, Domstolens dom (fjärde  
avdelningen) av den 5 juni 2014 Public Relations Consultants Association Ltd  
mot Newspaper Licensing Agency Ltd m.fl., ECLI:EU:C:2014:1195

C-310/17 Levola, Domstolens dom (stora avdelningen) av den 13 november 2018  
Levola Hengelo BV mot Smilde Foods BV, ECLI:EU:C:2018:899

