



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Sara Cronberg

Den upphovsrättsliga apokalypsen

En studie om användningen av skyddade verk som träningsdata för att generera nya alster genom kreativ artificiell intelligens

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: VT2023

Innehåll

| | |
|--|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 3 |
| FÖRORD | 5 |
| 1 INLEDNING | 7 |
| 1.1 Bakgrund | 7 |
| 1.2 Syften och frågeställningar | 8 |
| 1.3 Metod | 9 |
| 1.4 Material och forskningsläge | 12 |
| 1.5 Avgränsningar | 13 |
| 1.6 Disposition | 14 |
| 2 EN KARTLÄGGNING AV UPPHOVSRÄTTEN | 16 |
| 2.1 En historisk överblick | 16 |
| 2.2 Det upphovsrättsliga skyddets innebörd | 17 |
| 2.3 Skyddsobjekt | 17 |
| 2.4 Verkshöjd och originalitetskravet | 18 |
| 2.5 Upphovsmannens ensamrätt | 20 |
| 2.6 Databasskyddet | 21 |
| 2.6.1 Allmänna utgångspunkter | 21 |
| 2.6.2 Sui generis-skydd | 22 |
| 2.7 Något om skyddet för datorprogram | 24 |
| 3 KREATIV ARTIFICIELL INTELLIGENS | 26 |
| 3.1 Definition av artificiell intelligens och tillhörande tekniska processer | 26 |
| 3.2 Tekniken bakom kreativa AI-system | 27 |
| 3.3 AI-förordningen | 29 |
| 4 ANVÄNDNING AV SKYDDAT MATERIAL SOM TRÄNINGSDATA | 30 |
| 4.1 Introduktion | 30 |

| | | |
|------------|--|-----------|
| 4.2 | Intrång i upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning | 31 |
| 4.2.1 | Exemplarframställningsrätten | 31 |
| 4.2.2 | Inmatning av skyddat material som träningsdata | 33 |
| 4.3 | Bearbetning av befintligt skyddade verk | 36 |
| 5 | TILLÄMPLIGA INSKRÄNKNINGAR | 40 |
| 5.1 | Introduktion | 40 |
| 5.2 | Trestegsregeln | 40 |
| 5.3 | Inskränkning för tillfällig exemplarframställning | 42 |
| 5.3.1 | Allmänna förutsättningar | 42 |
| 5.3.2 | Tillfälliga kopior som uppstår i AI-system | 43 |
| 5.4 | Inskränkning för text- och datautvinning | 45 |
| 5.4.1 | Behovet av en ny inskränkning | 45 |
| 5.4.2 | Allmänna förutsättningar | 47 |
| 5.4.2.1 | Text- och datautvinning för forskningsändamål | 47 |
| 5.4.2.2 | Allmänna text- och datautvinningsändamål | 49 |
| 5.4.3 | En granskning av användningen av text- och datautvinning för kreativ artificiell intelligens | 50 |
| 5.4.3.2 | Artikel 3 DSM-direktivet | 50 |
| 5.4.3.3 | Artikel 4 DSM-direktivet | 52 |
| 5.4.3.4 | Något om text- och datautvinning på marknaden | 52 |
| 6 | AVSLUTANDE ANALYS OCH SLUTSATSER | 56 |
| 6.1 | Allmänna reflektioner | 56 |
| 6.2 | Framtidsutsikter | 58 |
| 6.3 | Avslutande slutsatser | 59 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 61 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 68 |

Summary

The technology is evolving in a rapid pace and there are endless possibilities to exploit copyright-protected material in the digital environment. As artificial intelligence develops to be more autonomous, the phenomenon is one of the hot topics in copyright law today. Creative AI can be described as “creative” machines that can be used to generate new literary or artistic outputs. This thesis aims to examine and investigate whether the use of copyrighted or protected works as training data for AI machines constitutes an infringement of the author's exclusive right to reproduction, and whether the use of existing protected works as training data means that the generated work is a derivative work or a new and independent work. Since this thesis examines the relationship between the development of technology, computer generated work and copyright, a legal dogmatic method and an legal analytical method is applied.

The author has an exclusive right to make copies according to 2 § first paragraph in the Swedish Act on Copyright in literary and artistic works. When copyright protected works are used as training data for creative AI systems, multiple digital copies are automatically created and can be stored for a certain time in the system. These copies usually have a more permanent nature and may be reflected in output of the AI system. Thus, the thesis concludes that the digital copies in most cases constitute an infringement of the author's exclusive right to make copies.

Furthermore, the thesis concludes that it is unlikely that the digital copies that arise in creative AI systems meet the conditions for being covered by the restriction for temporary copying in 11 a § in the Swedish Act on Copyright. Hence, the act must either be permitted by the author or be covered by another copyright restriction.

If the existing protected works that were used as training data to some extent would be reflected in the new AI-output, the output may constitute as a derivative work. Derivative works are covered by the exclusive rights in 2 § first paragraph in the Swedish Act on Copyright. However, the mere fact that an existing work has served as inspiration, consciously or unconsciously, for a new and independent work does not automatically constitute a derivative work. The situation must be assessed in each individual case based on, for instance, the purpose of the creation and the selection of material. There is a greater risk if the protected material is homogeneous and only reflects a specific artist in the output.

The new restrictions for text and data mining are regulated in 15 a-c § in the Swedish Act on Copyright, corresponding to articles 3 and 4 of the Directive (2019/790) on copyright and related rights in the Digital Single Market (DSM Directive). The restrictions can to some extent justify the use of text and data mining for creative AI systems to produce new outputs. However, rightsholders

have an opportunity to appropriately reserve such use by the opt-out-mechanism in article 4, which many researchers believe limits the practical effect of the provision. Hence, the use of protected works as training data for creative AI systems by text and data mining actualizes a difficult balance test between the author's interest in protection and control, and society's interest in promoting innovation and technological development. The thesis concludes that the current restrictions for text and data mining cannot be considered as sufficient guidance in a world where technology is developing in a rapid pace. Although, the DSM-directive constitutes a significant step for the assessment of how existing protected works may be used as training data for AI machines.

Sammanfattning

En fortskridande teknisk utveckling har inneburit större möjligheter att exploatera upphovsrättsligt skyddat material i den digitala miljön. En teknik som särskilt har uppmärksammats är kreativ artificiell intelligens, som kan användas för att generera nya litterära eller konstnärliga verk. Förfogandet innebär emellertid att många upphovsrättsligt skyddade verk utnyttjas under inlärningsprocessen i egenskap av träningsdata för AI-systemet. Denna uppsats syftar till att utreda om förfogandet utgör intrång i upphovsmannens ensamrätt samt om användandet av befintligt skyddade verk som träningsdata innebär att det nya producerade alstret är att anse som en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk. Med hänsyn till att uppsatsen behandlar förhållandet mellan teknikens utveckling och upphovsrätten anläggs såväl en rättsdogmatisk som en rättsanalytisk metod.

Upphovsmannen har en exklusiv rätt till exemplarframställning enligt 2 § första stycket URL. När befintligt skyddade verk inmatas och analyseras under inlärningsprocessen för kreativa AI-system skapas automatiskt ett flertal digitala kopior som kan lagras under en viss tid i systemet. Dessa kopior är ofta av mer permanent karaktär och kan komma att återspeglas vid AI-systemets slutresultat, varför kopiorna torde utgöra ett intrång i upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning. Vidare konstateras det i framställningen att det är högst osannolikt att de digitala kopior som uppstår i kreativa AI-system uppfyller förutsättningarna för att omfattas av inskränkningen för tillfällig exemplarframställning i 11 a § URL. Förfogandet måste således tillåtas av upphovsmannen eller omfattas av någon annan upphovsrättslig inskränkning för att vara godkänt.

Om de befintligt skyddade verk som använts som träningsdata i viss mån återspeglas i det nya AI-genererade alstret kan detta innebära en bearbetning av ett ursprungsverk, vilket även omfattas av ensamrätten i 2 § första stycket URL. Enbart det faktum att ett befintligt verk har tjänat som inspiration, medvetet eller omedvetet, till ett nytt och självständigt verk leder emellertid inte per automatik till att det utgör en otillåten bearbetning. Situationen ska bedömas i varje enskilt fall utifrån bland annat syftet, urvalet av material och ändamålet med skapandet. Det föreligger större risk för att bearbetningsskyddet ska bli aktuellt om materialet som används är homogent och enbart avspeglar en specifik konstnär.

De nya inskränkningarna för text- och datautvinning som återfinns i 15 a-c §§ URL, motsvarande artikel 3 och 4 i DSM-direktivet, öppnar upp för en viss möjlighet att använda text- och datautvinning för kreativa AI-system i syfte att producera nya alster, om förutsättningarna i lagtexten uppfylls.

Rättighetsinnehavare har emellertid en möjlighet att på lämpligt sätt förbehålla sig sådant användande, något som forskare anser begränsar den praktiska effekten med bestämmelsen. Detta aktualiserar en svår balansgång mellan upphovsmannens intresse av skydd och kontroll, respektive samhällets intresse av att främja innovation och teknisk utveckling. I framställningen konstateras det avslutningsvis att de nuvarande inskränkningarna för text- och datautvinning i DSM-direktivet inte utgör tillräcklig ledning i en värld där tekniken utvecklas i rasande takt, men att direktivet ändå utgör ett betydande steg för bedömningen av hur befintligt skyddade verk får användas som träningsdata.

Förord

I skrivande stund har en, långt ifrån spikrak, resa nått sin slutdestination. Vill först och främst tacka min familj, som alltid har stöttat mig i alla stunder av tvivel.

Vill tacka min barndomsvän Elvira, som alltid stöttar mig och som har bidragit med värdefulla livsråd och pepp under hela juristprogrammet.

Vill tacka mina kollegor på Juridisk Publikation, för all gemenskap och värdefulla insikter i svenska språket.

Slutligen vill jag tacka min handledare Ulrika Wennersten, som väckte mitt intresse för immaterialrätt och som har gett mig värdefulla råd under skrivandeprocessen.

Lund, tack för allt.

Sara Cronberg, maj 2023.

Förkortningar

| | |
|------------------------|---|
| AI | Artificiell intelligens |
| AI-förordningen | Förslag (2021/0106(COD) från Europeiska Kommissionen till Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens (rättsakt om artificiell intelligens) och om ändring av vissa unionslagstiftningar |
| Databasdirektivet | Direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser |
| Datorprogramdirektivet | Direktiv 2009/24/EG av den 23 april 2009 om rättsligt skydd för datorprogram |
| DSM-direktivet | Direktiv (2019/790) av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden |
| E.I.P.R. | European Intellectual Property Review |
| EU | Europeiska Unionen |
| EU-stadgan | Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2012/C 326/02) |
| HD | Högsta domstolen |
| Infosoc-direktivet | Direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället |
| NIR | Nordiskt Immaterialt Rättsskydd |
| NJA | Nytt Juridiskt Arkiv: Högsta domstolens domar |
| Prop. | Regeringens proposition |
| RF | Regeringsformen (1974:152) |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| TDM | Text- och datautvinning |
| TRIPS-avtalet | Avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrättigheter |
| URL | Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk |
| WCT | WIPO Copyright Treaty |
| WIPO | World Intellectual Property Organization |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Den tekniska utvecklingen har bidragit till nya sätt att framställa produkter och större möjligheter att analysera stora mängder av information i den digitala miljön, s.k. *big data*. Mänskligheten går mot en tidsepok där sofistikerade robotar i allt större utsträckning utgör en del av samhället. I detta sammanhang talas det ofta om den fjärde industriella revolutionen, i vilken artificiell intelligens (AI) har en central roll. Genom *text- och datautvinning* (TDM), *webbskrapning* (web scraping), *maskininlärning* och andra tekniska processer kan kreativa AI-system idag producera nya konstnärliga och litterära verk.¹ Några exempel på sådana kreativa AI-system är Stable Diffusion, Midjourney och ChatGPT, som har blivit mycket omtalade i media. Diskussionen leder till tekniska frågor om var och hur dessa AI-system inhämtar material för att generera nya alster, samt huruvida det behövs tillstånd från upphovsrättsinnehavaren till respektive verk för att samla in och använda materialet som träningsdata. I början av 2023 har denna problematik uppmärksammats i domstol.

I det pågående målet *Andersen et al. v. Stability AI Ltd. et al.*² har tre rättighetsinnehavare i Kalifornien väckt talan mot de generativa AI-verktygen Stable Diffusion, Midjourney och Deviant Art. Företagen ska ha använt upphovsrättsligt skyddade verk som träningsdata för generativa AI-system utan tillstånd från rättighetsinnehavarna. Genom maskininlärning har dessa AI-system därefter genererat nya verk vilka har utgjort ett påstått upphovsrättsligt intrång.³

Ett annat pågående mål berör *Getty Image v Stability AI*⁴, som har väckt talan mot företaget Stability AI i Storbritannien för att ha kopierat och bearbetat över 12 miljoner upphovsrättsligt skyddade bilder samt tillhörande texter och metadata utan tillstånd av Getty Images. Företaget Getty Images erbjuder särskilda licenser för att träna AI-system, vilka syftar till att säkerställa personliga och immateriella rättigheter. Getty hävdar vidare att Stability AI har agerat efter sina egna kommersiella intressen till nackdel för innehållsskaparnas immateriella rättigheter. I skrivande stund är målet inte avgjort.

¹ Se Quintais (2023) Generative AI, Copyright and the AI Act, Kluwer Copyright Blog, <<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/05/09/generative-ai-copyright-and-the-ai-act/>> (besökt 2023-04-25).

² Se stämningsansökan nr 3:23-cv-00201.

³ Se Escovedo (2023) The Briefing by the IP Law Blog: Getty Images sues Stability AI for Copyright Infringement in Stable Diffusion Training, IPWatchdog. <https://ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2023/02/Andersen_et_al_v._Stability_AI.pdf> (besökt 2023-05-11).

⁴ Se stämningsansökan nr. 1:23-cv-00135-UNA.

De konsekvenser som den nya tekniken medför bör beaktas av lagstiftaren för att främja innovation och rättssäkerhet.⁵ Av denna anledning introducerade Europaparlamentet och rådet den 17 april 2019 direktiv (2019/790) om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden, vilken även har implementerats i svensk rätt. Direktivet föreskriver två inskränkningar för text- och datautvinning, vilka får betydelse för utvecklingen av kreativa AI-system.

När upphovsrättsskyddade verk används i egenskap av träningsdata för kreativa AI-system aktualiseras ett flertal dilemman i förhållande till upphovsrättens regelverk. Dessa kan hänföras till två stadier i AI-systemens tekniska process:

- i) intrångsfrågor vid inmatningen (input) av material och användningen av skyddade verk som träningsdata,
- ii) förutsättningarna för skydd för de nya alster som produceras vid slutresultatet (output), vem som i dessa situationer betraktas som upphovsman samt vem som ansvarar för intrång.⁶

Denna uppsats belyser några centrala upphovsrättsliga utmaningar som främst hänför sig till första steget i den tekniska processen (input), bearbetningsskyddet för det nya producerade alstret samt hur de nya inskränkningarna för TDM påverkar intrångsbedömningen.

1.2 Syften och frågeställningar

Uppsatsens övergripande syfte är att utreda om det utgör intrång när befintligt skyddade verk används som träningsdata för att generera nya alster genom artificiell intelligens samt om användandet av befintligt skyddade verk som träningsdata innebär att det nya producerade alstret är att anse som en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk. I framställningen analyseras därmed vilka potentiella upphovsrättsliga inskränkningar som kan möjliggöra att befintligt skyddade verk får utnyttjas för att producera nya alster genom artificiell intelligens, varvid de nya inskränkningarna för text- och datautvinning (TDM) är av störst relevans. Tidigare har användningen av AI och TDM varit ett nästintill oreglerat område inom upphovsrätten. Uppsatsen undersöker således om de nya inskränkningarna kan ge ett tillfredsställande svar på hur kreativ AI får användas och vad detta kan innebära för upphovsmännens intresse av skydd och kontroll över sina skapade alster.

⁵ Se Europaparlamentets resolution av den 16 februari 2017 med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik (2015/2103(INL)) under avsnittet inledning p. B.

⁶ Jfr Fjeld & Kortz (2017) *A Legal Anatomy of AI-generated Art: Part I*.

För att uppnå syftet kommer följande huvudsakliga frågeställningar att besvaras:

1. Under vilka förutsättningar utgör användningen av skyddade verk som träningsdata för att skapa nya alster genom kreativa AI-system ett upphovsrättsligt intrång?
2. Under vilka förutsättningar kan det nya producerade alstret anses vara en bearbetning av ett befintligt skyddat verk?
3. När kan användningen av befintligt skyddade verk som träningsdata för att producera nya alster genom kreativa AI-system vara tillåten enligt gällande upphovsrättsliga inskränkningar?

Särskild fokus kommer ligga på frågan om vad de nya inskränkningarna för text- och datautvinning i DSM-direktivet innebär för den rättsliga möjligheten att använda skyddade verk som träningsdata för att producera nya alster. För att kunna besvara frågeställningarna inbegrips även en diskussion om intressebalansen mellan samhällets intresse av innovation och tillgång till konstnärliga och litterära verk i den digitala miljön samt upphovsmännens intresse av skydd och kontroll över sina skapade alster.

1.3 Metod

Uppsatsen är en rättsvetenskaplig studie som inledningsvis utgår från den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metoden används för att fastställa gällande rätt och klargöra vilka rättsregler som aktualiseras när kreativa AI-system används för att producera nya konstnärliga och litterära alster för att undersöka om skydd kan erhållas. Rättsdogmatiken syftar till att beskriva, tolka och systematisera innehållet i gällande rätt (de lege lata), samt de rättsregler som bör gälla (de lege ferenda).⁷ Den rättsdogmatiska metodens faktiska innebörd är emellertid en omdiskuterad fråga i litteraturen. En vedertagen uppfattning är att metoden i vart fall kan användas för att fastställa gällande rätt utifrån de traditionella rättskällorna, vilka utgörs av förarbeten, lagtext, praxis och doktrin.⁸ Jareborg förespråkar emellertid att den rättsdogmatiska metoden även kan användas för att analysera rättsregler i syfte att finna nya lösningar på rättsliga problem genom att vidga perspektivet och gå utanför gällande rätt.⁹

För att finna vägledning för hur gällande rättsregler om upphovsrättsliga intrång och inskränkningar ska förstås i ljuset av den tekniska utvecklingen har en stor del av innehållet hämtats från de traditionella rättskällorna och EU-rättsliga källor. En

⁷ Se Kleineman (2018) s. 21 f.; Sandgren (2021) s. 51 f.

⁸ Se Kleineman (2018) s. 24.

⁹ Se Jareborg (2004) s. 4.

del av innehållet i uppsatsen utgår således även från den EU-rättsliga metoden, som används vid tolkning och tillämpning av EU-rättsliga källor, vilka bland annat utgörs av EU-domstolens praxis, allmänna rättsprinciper, förarbeten och soft law.¹⁰ Även beaktandesatserna, som har som syfte att förtydliga innehållet i direktiven, kan ge värdefull information för tolkningen.

Upphovsrätten är i stor utsträckning ett harmoniserat rättsområde som präglas av internationella överenskommelser, vilket innebär att den svenska rätten har behövt justeras efter EU-rätten. Av tydlighetsskäl används således svensk lagtext och EU-rättsliga direktiv parallellt i vissa delar av uppsatsen för att kunna härleda vilken rättsordning som vissa rättsliga element härstammar från. Vissa områden, särskilt avseende TDM och AI, har dessutom ett tämligen skralt utbud av nationellt material. Av denna anledning används internationell doktrin och andra rättsvetenskapliga artiklar, vilka enbart hänvisar till EU-rättsliga källor. Av tydlighetsskäl blir det därför nödvändigt att även diskutera relevanta artiklar i Infosoc-direktivet, databasdirektivet, datorprogramdirektivet och DSM-direktivet. För att uppfylla syftet med uppsatsen och besvara frågor om användningen av befintligt skyddade verk som träningsdata för kreativa AI-system är således även den EU-rättsliga metoden nödvändig. För att fastställa gällande rätt används en direktivkonform tolkning av bland annat Infosoc-direktivet¹¹ och DSM-direktivet¹². Med direktivkonform tolkning avses att rättstillämparen ska tolka nationella rättsregler mot bakgrund av EU-rättsliga källor.¹³

Det bör noteras att användningen av kreativa AI-system är ett nästintill oreglerat område inom upphovsrätten och med knapphändig praxis. Att begränsa uppsatsens metodval till enbart den rättsdogmatiska och EU-rättsliga metoden skulle således innebära ett alldeles för snävt analysunderlag. För att kritiskt kunna granska gällande reglering, särskilt hur inskränkningarna för text- och datautvinning i DSM-direktivet samspelar med den rättsliga möjligheten att använda skyddade verk som träningsdata för att producera nya alster, behövs således en friare argumentation. Denna argumentation behöver sträcka sig över den rättsdogmatiska metodens erkända rättskällor. Av detta följer den rättsanalytiska metoden som förespråkas av Sandgren.¹⁴

Den rättsanalytiska metoden syftar till att analysera gällande rätt utifrån ett bredare underlag av material, som till exempel kan hämtas från vetenskapliga artiklar.¹⁵

¹⁰ Se Reichel (2018) s. 125 ff.

¹¹ Se direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

¹² Se direktiv (2019/790) av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden.

¹³ Se Reichel (2018) s. 125 f.

¹⁴ Se Sandgren (2021) s. 51 f.

¹⁵ Ibid. 53 f.

Metoden är lämplig eftersom uppsatsen syftar till att besvara frågor om ett relativt nytt område av upphovsrätten, som ännu inte har vägledande praxis. Detta gäller särskilt beträffande hur de nya inskränkningarna för TDM i artikel 3 och 4 i DSM-direktivet kan tillämpas i praktiken och vad detta kan innebära för upphovsrättsinnehavaren. Här bör läsaren återigen uppmärksammas på att det inte finns några skarpa gränser mellan den rättsdogmatiska- och den rättsanalytiska metoden. Det är vanligt att fastställa gällande rätt som ett led i ett rättsanalytiskt arbete och metoderna samspelar ofta med varandra.¹⁶

Uppsatsen innehåller även ett tekniskt kapitel om kreativa AI som presenterar en teknisk modell som används för att förklara hur AI-system producerar nya alster. Den tekniska modellen består i förenklade termer av *input* (inmatning av upphovsrättsligt skyddade verk som används som träningsdata) och *output* (slutresultat). Modellen utgör grunden för argumentationen i uppsatsens fortsatta framställning, varav fokus ligger på intrångsfrågor vid inputen och om användningen av befintligt skyddade verk som träningsdata innebär att det nya producerade alstret är att anse som en bearbetning eller ett nytt och självstängt verk.

Syftet med uppsatsens tredje kapitel är att ge läsaren en grundläggande förståelse kring AI-systemens funktion och varför den tekniska processen får betydelse för intrångsbedömningen och vilka eventuella inskränkningar som kan tillämpas. Det tekniska området inom juridiken brukar benämnas IT-rätt, vilken behandlar rättsfrågor i den digitala sfären. För denna del blir en rättsvetenskaplig metod med en rättsinformatisk utgångspunkt aktuell. Med rättsinformatik avses ett vetenskapligt område inom forskningen vilken genom sitt samband med data- och systemvetenskapen beskriver relationen mellan rätten och informationsteknologin.¹⁷ Detta förhållningssätt används även i andra delar av uppsatsens argumentation beträffande två motstående intressen; samhällets intresse av innovation och tillgång till kreativa verk i den digitala miljön samt upphovsmännens intresse av skydd och kontroll över sina skapade alster.

En avslutande anmärkning är att uppsatsen innehåller vissa utblickar till andra länders rättsordningar för att stödja de lege ferenda-argumentationen. Uppsatsen syftar emellertid inte till att ha några komparativa inslag. Några exempel på andra länders rättsordningar nämns enbart kortfattat för att utgöra diskussionsunderlag för möjliga lösningar på hur en framtida reglering inom EU kan se ut.

¹⁶ Se Sandgren (2021). s. 53 ff.

¹⁷ Se Magnusson Sjöberg (2018) s. 23 f.

1.4 Material och forskningsläge

De rättskällor som används genomgående i uppsatsen är lagtext, förarbeten, praxis och doktrin, varav lag (1060:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL) och tillhörande förarbeten användas genomgående. I avsaknad av nationella tolkningsregler används även EU-rättsliga källor. Uppsatsen behandlar främst Infosoc-direktivet, databasdirektivet, datorprogramdirektivet och DSM-direktivet samt tillhörande EU-rättslig praxis.

Vad gäller AI-systemens tekniska funktion har även annan litteratur och rättsvetenskapliga artiklar använts. För att följa rättsutvecklingen och skapa diskussionsunderlag har även nyhetsartiklar som publicerats under det senaste halvåret använts i viss utsträckning. Här bör nämnas att de icke-juridiska källorna som används inte har som avsikt att fastställa gällande rätt, även om de likväl utgör en viktig del av uppsatsen. Valet av rättsvetenskapliga artiklar har gjorts utifrån vad som betraktas vara tillförlitligt utifrån en rättsanalytisk kontext. Majoriteten kommer från juridiska tidskrifter som till exempel E.I.P.R. och NIR, men även artiklar från IPWatchdog och The IPKat används. IPWatchdog är en etablerad nyhetssida på det immaterialrättsliga området och The IPKat drivs av bland annat av Eleonora Rosati, som har publicerat många juridiska texter om TDM.

Forskningsläget kring text- och datautvinning och DSM-direktivet är relativt omfattande. Det finns många juridiska artiklar på området, varav flertalet är skrivna på engelska av forskare runtom Europa. Rosati har vidare presenterat omfattande lagkommentarer för hela direktivet samt skrivit ett antal analytiska artiklar på området för text- och datautvinning som även används i uppsatsen¹⁸. Vad gäller det särskilda samspelet mellan text- och datautvinning och kreativa AI-system är forskningsläget däremot tämligen skralt med hänsyn till den snabba tekniska utvecklingen. Det primära material som berör området utgörs av rättsvetenskapliga artiklar. Här kan till exempel nämnas artiklar skrivna av Hugenholtz, Margoni & Kretschmer.¹⁹

Under senare tid har många frågor om upphovsrätt i relation till användningen av AI-system uppkommit. De flesta studier som idag finns på området behandlar frågor som aktualiseras vid outputen. Något som ofta utelämnas från diskussionen är emellertid de upphovsrättsliga problem som hänför sig till det tidigare skedet av AI-systemens skapandeprocess och i vilken utsträckning som upphovsrättsligt skyddade verk får användas som träningsdata för att generera nya alster, varför uppsatsen är inriktad på detta område. Det finns ett fåtal svenska och en del internationella utredningar om detta problemområde. Med hänsyn till att kreativ AI

¹⁸ Se Rosati (2021) s. 34.

¹⁹ Se till exempel Hugenholtz (2019) och Margoni & Kretschmer (2022).

är ett fenomen som utvecklas i rasande takt, som för närvarande har börjat diskuteras i domstol och av Europeiska Kommissionen i den föreslagna AI-förordningen, är det i tiden att lyfta problematiken och bringa klarhet i om, och i så fall hur, befintligt skyddade verk får användas som träningsdata för kreativ AI. Detta gäller särskilt i ljuset av de nya inskränkningarna för TDM och den svenska implementeringen av DSM-direktivet.²⁰

1.5 Avgränsningar

Kreativ artificiell intelligens är ett brett område som aktualiserar många frågor inom den rättsliga sfären. Uppsatsen fokuserar på de upphovsrättsliga utmaningar som hänför sig till användningen av befintligt skyddade verk som träningsdata; det vill säga intrångsfrågor i upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning vid inmatning av skyddat material samt om förfogandet innebär att det nya producerade alstret anses vara en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk. Andra upphovsrättsliga dilemman avseende AI, till exempel om AI som rättssubjekt, lämnas således obeaktade. Uppsatsen är avgränsad till att avse intrång vid exemplarframställning i 2 § 2 stycket, eftersom syftet riktar sig mot de intrångsfrågor som uppstår vid inputen och under inlärningsprocessen när skyddat material används som träningsdata. Av denna anledning behandlas tillgängliggörande för allmänheten i 2 § 3 stycket och de ideella rättigheterna i 3 § endast översiktligt för att fastställa gällande rätt.

Frågeställningarna besvaras utifrån ett upphovsrättsligt perspektiv och berör inte de juridiska problem som aktualiseras enligt EU:s allmänna dataskyddsförordning (GDPR). Vidare är uppsatsen avgränsad till att avse civilrättsliga rättsregler och förfarandet vid beivrandet av intrång. Det straffrättsliga ansvaret och ett eventuellt ansvar för AI-system lämnas således obeaktade på grund av svåra bevisfrågor. Här ska även nämnas att vissa länder utanför EU-jurisdiktionen har en mer generös inställning till hur upphovsrättsliga inskränkningar ska tolkas, vilket innebär att intrångsbedömningen påverkas av vilken jurisdiktion upphovsrättsinnehavaren väljer att väcka talan i. För att undvika komplexa processrättsliga frågor är uppsatsen avgränsad till att gälla svensk rätt och EU-rätt. I uppsatsen görs dock en viss utblick över andra länders rättssystem i syfte att skapa diskussionsunderlag. Vad gäller EU-rättsliga instrument behandlas främst direktiv, doktrin och EU-rättslig praxis. Av utrymmesskäl kommer de internationella konventionerna inte behandlas mer än översiktligt.

Inom användningsområdet för kreativ AI är de nya inskränkningarna för TDM av synnerlig vikt, särskilt inskränkningen som även gäller för de kommersiella

²⁰ Se prop. 2021/22:278.

ändamål som AI kan utnyttjas för. Det behövs även utredas vad som gäller för de digitala kopior som skapas under den tekniska processen. Även om kopiorna i sig inte har kommersiella syften är de ett nödvändigt led i produktionen av slutresultatet, vilket bland annat leder till frågor om kopiorna kan anses ha ett *självständigt ekonomiskt värde*. Av denna anledning diskuteras även inskränkningen för exemplarframställning av tillfälliga kopior i 11 a § URL och varför denna inte kan ge ett tillfredsställande svar. Övriga inskränkningar, till exempel exemplarframställning för privat bruk enligt 12 § URL, faller således utanför ramen för framställningen.

1.6 Disposition

Det inledande kapitlet är av teoretisk karaktär och syftar till att fastställa gällande rätt utifrån den rättsdogmatiska metoden och dess traditionella rättskällor. En teoretisk bakgrund av upphovsrätten och dess innebörd är av relevans för att kunna besvara uppsatsens frågeställningar. Kapitlet syftar inte till att vara en djupgående kritisk analys utan ska enbart ge läsaren en bakgrund och en övergripande förståelse för några centrala beståndsdelar av upphovsrätten som är av relevans för utredningen.

AI är ett komplext område som innefattar en mängd tekniska termer. En teknisk beskrivning av AI-systemens funktion är nödvändig för att ge läsaren en förståelse för problembakgrunden och uppsatsens fortsatta framställning. Av denna anledning är följande kapitel av teknisk karaktär och syftar till att definiera AI och tillhörande tekniska begrepp samt hur kreativa AI-system fungerar i praktiken.

Kapitel 4 behandlar några centrala upphovsrättsliga utmaningar som hänför sig till användningen av befintligt skyddade verk som träningsdata för att generera nya alster. I kapitlet utreds först huruvida de digitala kopior som uppstår vid inmatningen av skyddat material utgör ett intrång i upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning. Därefter undersöks om användningen av befintligt skyddade verk innebär att det nya producerade alstret anses vara en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk.

Kapitel 5 beskriver, analyserar och kritiskt granskar inskränkningen för tillfällig exemplarframställning och de nya inskränkningarna för TDM samt om dessa kan rättfärdiga att befintligt skyddade verk används som träningsdata i syfte att skapa ny digital konst genom AI. Med hänsyn till att rättsläget för kreativ AI är oklart och ett till stor del ett oreglerat område tillämpas särskilt argumentation de lege feranda för att undersöka hur rättsreglerna bör gälla i praktiken.

Kapitel 6 innehåller en avslutande analys om användningen av skyddat material som träningsdata för kreativa AI-system samt huruvida TDM-inskränkningarna kan ge ett tillfredsställande svar; eller om det finns ett behov för ytterligare regleringar.

2 En kartläggning av upphovsrätten

2.1 En historisk överblick

Utvecklingen av det upphovsrättsliga regelsystemet har präglats av internationella överenskommelser och EU-direktiv som har implementerats i nationell rätt, i syfte att harmonisera det upphovsrättsliga skyddet.²¹ Ett centralt direktiv som har fått stor påverkan för den EU-rättsliga harmoniseringen av upphovsrättslig lagstiftning är Infosoc-direktivet.²² Direktivet syftar till att främja fri rörlighet av varor och tjänster och svara mot den tekniska utvecklingen inom den digitala inre marknaden.²³ Infosoc-direktivet implementerades i svensk rätt genom lagändringar som trädde i kraft den 1 juli 2005.²⁴

Redan på 1800-talet började immaterialrättens globala spridning diskuteras, vilket ledde till att *Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk* ingicks 1886. Skyddet gäller för de stater som har ratificerat konventionen. Därefter har upphovsrätten kommit att moderniseras, bland annat genom *WIPO Copyright Treaty* (WCT) 1996. Fördraget omfattar nya överväganden i takt med den tekniska utvecklingen och medger bland annat ett skydd för databaser och datorprogram.²⁵ För att främja internationell handel med immaterialrätter antogs även *avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrättigheter* (TRIPS-avtalet) år 1994.²⁶

Av artikel 17.2 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2012/C 326/02) (EU-stadgan) framgår att upphovsrätten är en mänsklig rättighet, som även erhåller ett grundlagsskydd i Sverige genom 2 kap 16 § regeringsformen (1974:152) (RF).²⁷ Grundlagsskyddet kompletteras av lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL). I takt med teknikens utveckling har URL varit föremål för en rad genomgripande reformer och tillägg, till exempel har skydd tillkommit för databaser och fotografiska verk efter genomförande av direktiv.²⁸

²¹ Se Bernitz m.fl (2020) s. 38 f.; Prop. 1960:17 s. 29.

²² Se Levin & Hellstadius (2019) s. 68.

²³ Se stycke 1 och stycke 5 i ingressen till Infosoc-direktivet; Kommittédirektiv 2022:125 s. 65.

²⁴ Se prop. 2004/05:110; Lag (2005:359) om ändring i lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

²⁵ Se artikel 4-5 WCT.

²⁶ Se första meningen i preambeln till TRIPS-avtalet.

²⁷ Se prop. 1999/00:35 s. 10; Prop. 1960:17 s. 31 f.

²⁸ Se Levin & Hellstadius (2019) s. 67 f.

2.2 Det upphovsrättsliga skyddets innebörd

Upphovsrätten syftar till att främja innovation, kreativitet och fri konkurrens. Därtill är en central utgångspunkt att tillförsäkra upphovsmannen ensamrätt till sina skapade alster och skydd mot ekonomiskt utnyttjande av andra aktörer.²⁹ Ett motiv bakom ensamrätten är att verka kulturstimulerande, på så vis att upphovsmännen får incitament att fortsätta sitt skapande och får möjlighet att generera ekonomiska vinster.³⁰ För att främja fri konkurrens på marknaden krävs emellertid en rätt att i vissa fall kunna utnyttja resultatet av andras skapande, varvid upphovsrättens regelverk föreskriver särskilda inskränkningar i skyddet.³¹

Upphovsrättens syfte och funktion kan härledas ur två rättstraditioner; den anglosaxiska traditionen, som grundar sig i kommersiella intressen och har sin utgångspunkt i ekonomiska rättigheter som skapandeincitament (copyright-systemet); och den kontinentaleuropeiska traditionen (*droit d'auteur*), som grundar sig i de naturrättsliga läroarna och beskriver verket som ett uttryck för upphovsmannens personlighet.³² Här bör nämnas att skillnaderna mellan dessa synsätt har minskat över tid, bland annat på grund av harmoniseringen inom upphovsrätten. Vidare leder copyright-systemet och *droit d'auteur* i många fall till samma praktiska resultat.³³

Den ideologiska utgångspunkten i de nordiska länderna anses vara en kombination av de ovan nämnda rättstraditionerna. Den nordiska upphovsrätten har som utgångspunkt att verka för samhällets intresse av innovation och tillgången till kreativa verk, samtidigt som hänsyn ska tas till upphovsmannens intresse av skydd och kontroll över sina skapade alster.³⁴

2.3 Skyddsobjekt

Den svenska upphovsrätten tillfaller fysiska personer som skapar *litterära och konstnärliga verk* enligt 1 § 1 st URL. Begreppet konstnärligt verk omfattar alla former av framställningar inom den konstnärliga sfären, såväl traditionella konstverk som musikaliska verk.³⁵ Begreppet verk har blivit harmoniserat genom Levola Hengelo-målet.³⁶ I målet uttalade EU-domstolen att termen ”verk” ska

²⁹ Se SOU 1956:25 s. 85.

³⁰ Se Bernitz m.fl (2020) s. 36 f.

³¹ Se närmare om inskränkningar i kapitel 5.

³² Se Axhamn (2017) s. 122 f.

³³ Ibid s. 23.

³⁴ Se SOU 1956:25, s. 84 f.

³⁵ Se SOU 1956:25 s. 66 f.

³⁶ Se mål C-310/17 Levola Hengelo.

skyddas om det kan identifieras med ”tillräcklig precision och objektivitet”.³⁷ I domen konstaterades vidare att smaken på ett livsmedel inte kan klassificeras som ett verk enligt Infosoc-direktivet eftersom det inte på ett precist och objektivt sätt går att identifiera alster beträffande en smak på ett livsmedel, till skillnad från till exempel konstnärliga eller litterära verk som är precisa och objektiva uttrycksformer.³⁸

Med litterära verk avses beskrivande alster, till exempel skönlitterära eller vetenskapliga arbeten eller tabeller.³⁹ Lagtexten uppställer ingen uttömmande lista på vad som anses utgöra ett litterärt eller konstnärligt verk och verkskatalogen har uppdaterats i takt med det digitala samhällets framväxt.⁴⁰ I förarbeten har det uttalats att uttrycket ”litterärt eller konstnärligt verk” ska tolkas i en vidsträckt mening.⁴¹

Upphovsrätten skyddar emellertid inte upphovsmannens uttrycksmedel, idéer, ämnen eller motiv bakom verket.⁴² Med upphovsmannens uttrycksmedel avses till exempel stilistiska drag, teknik eller manér som kan vara karaktäristiska för skaparen. Det som skyddas är i stället själva utförandet av en idé i den individuella utformning som givits av upphovsmannen. Två konstnärliga verk kan således ha samma stilistiska drag eller bakomliggande idé, under förutsättningen att utformningen är individuell.⁴³

För att åtnjuta ett upphovsrättsligt skydd fordras ingen registrering.⁴⁴ Skyddet uppstår således formlost och gäller 70 år efter upphovsrättsinnehavarens död enligt 43 § URL.⁴⁵ Efter att skyddstiden upphör att gälla har allmänheten rätt att fritt utnyttja de tidigare skyddade verken.⁴⁶

2.4 Verkshöjd och originalitetskravet

Upphovsrättsskydd tillkommer när en fysisk person skapar ett litterärt eller konstnärligt verk som uppnår verkshöjd.⁴⁷ Verkshöjd innebär att alstret ska uttrycka en viss nivå av originalitet på så sätt att det är upphovsmannens ”egen

³⁷ Se mål C-310/17 Levola Hengelo p. 40.

³⁸ Ibid., p. 42-45.

³⁹ Se prop. 1960:17 s. 48

⁴⁰ Se Levin & Hellstadius (2019) s. 73; jfr 1 § första stycket p. 7 URL.

⁴¹ Se prop. 1960:17 s. 48.

⁴² Se SOU 1956:25 s. 69. Se även artikel 2 WCT.

⁴³ Se SOU 1956:25 s. 69. Se även artikel 9.2 TRIPS-avtalet.

⁴⁴ Se avsnitt 3.2 Bernkonventionen

⁴⁵ Se 43 § URL.

⁴⁶ Se SOU 1956:25 s. 345.

⁴⁷ Se Prop. 1960:17 s. 48 f. Se även NJA 1995 s. 256 och NJA 2015 s. 1097 om kravet på verkshöjd.

intellektuella skapelse”⁴⁸ och ska ”avspegla hans eller hennes personlighet”⁴⁹. Dessa beskrivningar ger uttryck för originalitetskriteriet, som har harmoniserats genom *Infopaq-målet* och *Painer-målet*. Det så kallade Infopaq-målet stipulerar att ett verk åtnjuter upphovsrättsskydd om det ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Tolkningen gäller för samtliga verkskategorier.⁵⁰ Vad som avses med begreppet intellektuell skapelse har vidare preciserats i *Painer-målet*, som har föreskrivit att det ska avspegla upphovsmannens personlighet. Detta blir gällande när upphovsmannen genom fria och kreativa val har uttryckt sin kreativa kapacitet.⁵¹ Därtill har även Premier League-målet⁵² beskrivit termen intellektuell skapelse som ett resultat av upphovsmannens fria och kreativa val. Ett uttryckligt originalitetskriterium återfinns även i datorprogramdirektivet⁵³ och databasdirektivet⁵⁴. Rent mekaniska produktioner eller enbart reproduktioner av äldre verk utgör emellertid inte ett självständigt verk enligt lagens mening.⁵⁵

För att ett alster ska kunna uppnå originalitet krävs mer än en ren återgivning av något som ursprungligen finns i naturen eller det allmänna området för form. I övrigt är originalitetskravet relativt lågt ställt.⁵⁶ I Infopaq-målet konstaterade EU-domstolen att ett utdrag om 11 ord från ett skyddat verk kan uppnå kravet på originalitet.⁵⁷ Därtill har HD uttalat att det enskilda verkets konstnärliga eller litterära kvalitet anses sakna betydelse för huruvida upphovsrätt föreligger.⁵⁸

Skyddsomfånget är beroende av den grad av originalitet som alstret besitter, ju mer originellt ett verk är desto större skyddsomfång åtnjuter alstret.⁵⁹ Den individuella särprägelns ska vidare avgöras utifrån en helhetsbedömning, snarare än att ta hänsyn till särskiljande drag i enskilda beståndsdelar.⁶⁰

Vid bedömningen om huruvida ett verk uppnår kravet originalitet kan det s.k. *dubbelskapandekriteriet* vara behjälpligt. Dubbelskapandekriteriet innebär avvägning av hur sannolikt det är att två personer ska kunnat skapa identiska verk. Detta innebär att ett verk kan anses erhålla upphovsrättsligt skydd om det är tillräckligt originellt och självständigt för att risken att två oberoende personer

⁴⁸ Se mål C-5/08 Infopaq p. 37.

⁴⁹ Se mål C-145/10 Painer p. 88. Se även SOU 1956:25 s. 66.

⁵⁰ Se mål C-5/08 Infopaq p. 37-39.

⁵¹ Se mål C-145/10 Painer p. 88-89.

⁵² Se de förenade målen C-403/08 och C-429/08 Football Association Premier League Ltd p. 96-97.

⁵³ Se art 1.3 datorprogramdirektivet.

⁵⁴ Se art 3.1 databasdirektivet.

⁵⁵ Se mål C-406/10 SAS Institute; mål C-833/18 Brompton bicycle; NJA II 1961 s. 27; SOU 1956:25 s. 66 f.

⁵⁶ Jfr NJA 1986 s. 702.

⁵⁷ Se mål C-5/08 Infopaq p. 48-51.

⁵⁸ Se NJA 2015 s. 1097 p. 18

⁵⁹ Se Maunsbach och Wennersten (2018) s. 66 f.

⁶⁰ Se till exempel NJA 1994 s. 74; NJA 1995 s. 164; NJA 2009 s. 159.

skapar ett snarlikt eller nästintill identiskt verk är minimal.⁶¹ Kriteriet har emellertid blivit kritiserat i litteraturen eftersom det anses vara otänkbart att två oberoende upphovsmän kan skapa identiska verk.⁶² En faktor som särskilt uppmärksammades i det s.k. *Pergo-målet*⁶³ är den faktiska nyttan av dubbelskapandekriteriet, eftersom en praktisk tillämpning aldrig på egen hand kan besvara på huruvida verkshöjd föreligger. I målet slog domstolen fast att kriteriet inte bör framstå som mer än en hjälpregel vid bevisbedömningen för huruvida kraven för verkshöjd är uppfyllda.⁶⁴

2.5 Upphovsmannens ensamrätt

Det upphovsrättsliga skyddet kan indelas i två rättighetskategorier, den ekonomiska rätten och den ideella rätten. De *ekonomiska rättigheterna* utgörs av två förfoganderätter som stadgas i 2 § URL; rätten att framställa exemplar och rätten att tillgängliggöra dessa exemplar för allmänheten.⁶⁵ Upphovsmannens ekonomiska rättigheter ska enligt förarbeten förstås som en exklusiv rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla former av utnyttjanden av verket som får en praktisk betydelse, om inte mycket starka samhällsintressen skulle tala mot detta.⁶⁶ Begreppet ekonomiska rättigheter ska emellertid inte missförstås. Kommersiella intressen är av stor betydelse för den ekonomiska rätten, men rättighetsinnehavaren kan även ha andra intressen av att motsätta sig att verket utnyttjas. Även förfoganden som inte har ett bakomliggande vinstsyfte kan således omfattas.⁶⁷

Rätten till exemplarframställning avser såväl originalverk som alla former av efterbildningar, oavsett i vilken form eller med vilken teknik som använts enligt 2 § 2 st URL.⁶⁸ Följaktligen omfattar ensamrätten även verk i ändrat skick, under förutsättning att dess inre form fortfarande har bibehållits.⁶⁹ Det bör noteras att även delar av ett skyddat verk kan utgöra ett exemplar av verket, om delen *i sig* uppfyller originalitetskravet.⁷⁰

Rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten innefattar fyra rättigheter som preciseras i 2 § 3 st; rätten till överföring till allmänheten, offentligt framförande,

⁶¹ Se Nordell (1995) s. 631 f.

⁶² Se Nordell (1995) s. 630 ff.

⁶³ Se NJA 2004 s. 149 Pergo.

⁶⁴ Se NJA 2004 s. 149 Pergo, med hänvisning till NJA 1995 s. 256; NJA 1998 s. 563; NJA 2002 s. 178.

⁶⁵ Se prop. 1960:17 s. 51 ff.; Prop. 2004/05:110 s. 45. Jfr SOU 1956:25 s. 87.

⁶⁶ Se prop. 1960:17 s. 60 f.; SOU 1956:25 s. 248.

⁶⁷ Se Olin (2023) kommentaren till 2 § upphovsrättslagen under avsnitt 2.1.

⁶⁸ Jfr art 2 Infosoc-direktivet.

⁶⁹ Se prop. 1960:17 s. 377 f; NJA II 1961 s. 44 och 56.

⁷⁰ Se NJA 1995 s. 256; NJA II 1961 s. 40.

visningsrätten och spridningsrätten. Om ett verk lovligen har gjorts tillgängligt för allmänheten anses det vara offentliggjort enligt 8 § första stycket URL.

Bestämmelsen om överförande till allmänheten infördes i samband med att Infosoc-direktivet implementerades i svensk rätt. Bestämmelsen syftar till att vara teknikneutral och ska täcka alla former av överföringar som kan uppstå, både på traditionellt vis eller via internet.⁷¹ Lagrummet innefattar därtill ”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” (on demand).⁷²

Förfoganderätten är emellertid inte en absolut rättighet. Upphovsrättslagen uppställer ett flertal inskränkningar som i särskilda fall kan göras gällande, till exempel i vissa fall av tillfällig exemplarframställning eller framställning av exemplar för text- och datautvinningsändamål.⁷³ Här bör det även noteras att förfoganderätten, till skillnad från den ideella rätten, kan överlåtas till annan enligt 3 § 3 st och 27 § URL.

Den *ideella rätten* stadgas i 3 § URL och sägs ha en särskilt stark ställning inom rättstraditionen *droit d’auteur*.⁷⁴ Rättigheten förekommer i två avseenden, rätten att bli angiven som upphovsman och rätten till respekt för verket. Respekträtten skyddar återgivning av kränkande natur och kränkande ändringar av verket.⁷⁵ Enligt 3 § 3 stycket kan den ideella rätten emellertid efterges såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av alstret.

Den svenska termen återgivning, som förekommer i URL, kan innebära såväl exemplarframställning som tillgängliggörande för allmänheten, men inte något därutöver. Här bör noteras att den engelska språkversionen i Infosoc-direktivet använder begreppet ”reproduction”.⁷⁶

2.6 Databasskyddet

2.6.1 Allmänna utgångspunkter

Den svenska upphovsrätten skyddar idag databaser som självständiga litterära eller konstnärliga verk enligt 1 § om de uppnår kravet på verkshöjd. En databas

⁷¹ Se prop. 2004/05:110. Se även t ex NJA 2015 s. 1097 p. 13-15; Mål C-263/18 Tom Kabinet, p. 49 och 62-64; Mål C-429/08 Football Association Premier League p. 193 ; Mål C-306/05 SGAE, p. 36.

⁷² Se artikel 3.1 Infosoc-direktivet; NJA 2015 s. 1097 p. 7.

⁷³ Se Levin & Hellstadius (2019) s. 199 f.

⁷⁴ Se Olsson & Rosén (2019) Upphovsrättslagstiftningen, kommentaren till 2 §,

⁷⁵ Se SOU 1956:25 s. 85.

⁷⁶ Se NJA 2018 s. 725 p. 25.

betraktas uppnå originalitetskravet och kan åtnjuta skydd endast om databasen på grund av dess innehåll ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.⁷⁷ Av detta följer att sammanställningen av en databas såväl som det enskilda innehåll som ingår kan skyddas av upphovsrätten, vilket även framgår av artikel 3.1 databasdirektivet. Domstolen har vidare uppmärksammat att ”en del” av materialet inte ska behandlas annorlunda från materialet i sin helhet.⁷⁸ Ett fragment av ett verk kan således skyddas om fragmentet i sig själv uppnår kravet på originalitet.⁷⁹

Närmare bestämmelser om hur databaser skyddas återfinns i direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser (databasdirektivet). Med databaser avses i enligt artikel 1.2 databasdirektivet ”en samling av verk, data eller andra självständiga element som sammanställts på ett systematiskt och metodiskt sätt och som var för sig är tillgänglig genom elektroniska medier eller på något annat sätt”. Skaparen av databasen har ensamrätt att utföra en tillfällig eller varaktig framställning av exemplar i sin helhet eller delvis, oberoende av sätt eller form, i enlighet med artikel 5 databasdirektivet. Upphovsmannen har även ensamrätt till översättning, bearbetning och arrangering av databasen.⁸⁰ Definitionen är gemensam för såväl databaser som skyddas enligt upphovsrätten och de som skyddas av sui generis-rätten. Termen databas gäller även för samlingar av material såsom texter, ljud, bilder och data.⁸¹

Även webbplatser, som i sig innehåller stora mängder data, torde utgöra en databas som erhåller upphovsrättsligt skydd som ett samlingsverk enligt 5 § URL.⁸² Databaser kan även tillerkännas ett indirekt skydd enligt 1 § URL genom de fristående upphovsrättsskyddade verk som ingår i samlingen. Databasen behöver emellertid inte vara i elektronisk form, utan även fysiska tabeller, sammanställningar eller kataloger kan omfattas enligt 49 § URL.⁸³

2.6.2 Sui generis-skydd

Om databasen inte uppnår kravet på verkshöjd kan databaser åtnjuta ett skydd av sitt eget slag (s.k. sui generis).⁸⁴ Ett särskilt skydd för databaser motiveras av att det upphovsrättsliga skyddet för databaser inte ansågs tillräckligt för att skydda den

⁷⁷ Se prop. 1996/97:111 s. 28 f.

⁷⁸ Se mål C-5/08 Infopaq p. 38.

⁷⁹ Se mål C-5/08 Infopaq p. 39; Se även Svea hovrätts dom den 11 april 2023 i mål B 2160-12.

⁸⁰ Se prop. 2004/05:110 s. 53.

⁸¹ Se beaktandesats 14 och 17 databasdirektivet.

⁸² Se Axhamn (2017) s. 94 och 156 f.

⁸³ Se beaktandesats 14 och 17 databasdirektivet.

⁸⁴ Se beaktandesats 6 och 39 databasdirektivet. För vidare läsning om hur sui generis-skyddet ska förstås se till exempel: Mål C-46/02 Fixtures Marketing I; Mål C-203/02 The British Horseracing Board m.fl; Mål C-338/02 Fixtures Marketing II.

investering som skaparen av databasen har gjort vid utformningen av databasen.⁸⁵ Det anses således vara ett komplement som gäller utöver det upphovsrättsliga skyddet.⁸⁶ Sui generis-skyddet kommer till uttryck i 49 § URL och artikel 7.1 databasdirektivet. Skyddet i 49 § gäller för sammanställningar av ett stort antal uppgifter, vilket ger uttryck för det s.k. katalogskyddet, eller innehåll som utgör resultatet av en väsentlig investering. Databasdirektivet talar emellertid enbart om sammanställningar som är *resultatet av en väsentlig investering*. Detta innebär att skyddsobjektet i URL är något vidare än skyddet i databasdirektivet.⁸⁷ I förarbeten motiveras denna utvidgning med att vissa arbeten som omfattas av katalogskyddet inte skyddas enligt databasdirektivet.⁸⁸ Möjligheten för medlemsstater att kunna ge ett mer omfattande skydd än det som föreskrivs enligt databasdirektivet är emellertid en omdiskuterad fråga.⁸⁹ I detta avseende har HD uttalat att bestämmelsen om sui generis-skyddet i 49 § URL generellt ska kunna tolkas i ljuset av databasdirektivet, det vill säga direktivkonformt.⁹⁰ Detta överensstämmer även med beaktandesats 48 i databasdirektivet, som uttalar att syftet med databasdirektivet är att säkerställa ett enhetligt skydd för databaser, vilket torde tala för att en fullständig harmonisering eftersträvas, i vart fall vad gäller det skyddsområde som regleras i direktivet.⁹¹

Sui generis-rätten gäller för databasproducenter som kan visa att en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig insats har vidtagits i investering, anskaffning, granskning eller presentation av innehållet i en databas.⁹² Den som skapat databasen har rätt att förhindra utdrag eller återanvändning av hela eller en väsentlig del av innehållet i databasen.⁹³ Dessa förbudsrätter innebär även att skaparen av databasen kan förbjuda förfoganden över innehåll som betraktas som icke-originellt.⁹⁴

Skyddet gäller sålunda för det utförda arbetet i form av investering i anskaffning, granskning och presentation av databasens innehåll. Skyddet gäller emellertid inte för de uppgifter som ingår i databasen.⁹⁵ En investering kan förstås som en betydande insats av mänskliga, tekniska eller finansiella resurser, till exempel

⁸⁵ Se beaktandesats 6 och 39 databasdirektivet.

⁸⁶ Se Axhamn (2009) s. 159.

⁸⁷ Se Olin (2023) kommentaren till 49 § upphovsrättslagen under avsnitt 2.1.

⁸⁸ Se prop 1996/97:111 s. 39.

⁸⁹ Se till exempel Axhamn (2006) s. 280; Karnell (1999) s. 53.

⁹⁰ Se NJA 2005 s. 924.

⁹¹ Se Axhamn (2006) s. 280; G. Karnell (1999) s. 53; Olin (2023) kommentaren till 49 § upphovsrättslagen under avsnitt 2.1; Jfr även mål C-545/07 Lakorda p. 70 och mål C-30/14 Ryanair p. 44.

⁹² Se art 7.1 och 10.1 i databasdirektivet. Se även NJA 1995 s. 256, där utformningen av en databas ansågs uppfylla kravet på verkshöjd.

⁹³ Se artikel 7.1 och artikel 10.1 databasdirektivet.

⁹⁴ Axhamn (2009) s. 159.

⁹⁵ Ibid s. 160. Jfr NJA 2002 s. 398; NJA 2005 s. 924; Mål C-203/02 The British Horseracing Board m.fl.

pengar, sakkunskap eller arbetstid.⁹⁶ Anskaffning innebär de resurser som läggs ned på att hitta och samla befintliga uppgifter i databasen. De investeringar som gjorts i själva skapandet av databasen saknar emellertid betydelse för bedömningen.⁹⁷

Med granskning avses sådana resurser som används för att kontrollera huruvida sökelementen är korrekta eller på annat vis säkerställa att uppgifterna i databasen är tillförlitliga. Prestation innebär de tillgångar som läggs ned på att arrangera elementen i databasen på så sätt att de är individuellt tillgängliga och ordnade på ett systematiskt och metodiskt sätt.⁹⁸

Även utdrag av icke-väsentliga delar av databasen kan skyddas om de är återkommande och upprepas systematiskt, vilket slutligen skulle utgöra en väsentlig del av innehållet.⁹⁹ Enklare sammanställningar såsom tidtabeller eller musikstycken på en CD-skiva uppfyller emellertid inte kravet på väsentlig insats.¹⁰⁰ Skyddet ska gälla i 15 år från den tidpunkt då databasen fullbordats.¹⁰¹

2.7 Något om skyddet för datorprogram

Datorprogram kan skyddas som ett litterärt verk i enlighet med 1 § p. 2 URL, vilket klargjordes genom tillägget i verkskatalogen 1989.¹⁰² Vad som avses som ett datorprogram framgår inte uttryckligen av URL. I beaktandesats 7 i datorprogramdirektivet definieras emellertid datorprogram som ”alla former av program, inbegripet sådana som är införlivade med hårdvara. Termen innefattar även förberedande designarbete som leder till utvecklingen av ett datorprogram, under förutsättning att det förberedande arbetet är av sådan art att det kan resultera i ett datorprogram i ett senare skede”.¹⁰³

En förutsättning för skydd är att datorprogrammet uppnår originalitetskriteriet, det vill säga ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Skyddet har harmoniserats genom datorprogramdirektivet, som närmare reglerar hur datorprogram ska skyddas. De särskilda ensamrätterna stadgas i artikel 4 och

⁹⁶ Se beaktandesats 7, 39 och 40 databasdirektivet.

⁹⁷ Jfr beaktandesats 19 databasdirektivet.

⁹⁸ Se mål C-46/02 p. 37; mål C-203/02 *The British Horseracing Board m.fl.* p. 42.; mål C-338/02 p. 27. Se även Svea hovrätts dom den 30 januari 2012 i mål T-2179/11 (Unibet).

⁹⁹ Se artikel 7.5 i databasdirektivet. Se även mål C-203/02 *British Horseracing* p. 51, 73 och 87- 89; mål C-304/07 *Directmedia* p. 43 och 59.

¹⁰⁰ Se beaktandesats 19 databasdirektivet.

¹⁰¹ Se art 10.1 databasdirektivet.

¹⁰² Se prop. 1988/89:85 s. 7 f. och 27 f.

¹⁰³ Jfr SOU 1985:51 s.87, som definierar datorprogram som ”utformningen av en serie av instruktioner eller anvisningar, oberoende av den uttrycksform eller den anordning vari den är nedlagd, avsedd att förmå en dator att direkt eller indirekt ange eller utföra en speciell funktion eller uppgift eller uppnå ett speciellt resultat.”

inbegriper rätten till ”varaktig eller tillfällig, delvis eller fullständig återgivning av ett datorprogram på vilket sätt och i vilken form som helst”.¹⁰⁴ Skyddet gäller för datorprogrammets alla uttrycksformer och omfattar således både verk i kodform och i fysisk form.¹⁰⁵ Därtill kan även ett datorprogramms gränssnitt omfattas, om det ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse.¹⁰⁶ Även programmets källkod och objektкод omfattas således av skyddet.¹⁰⁷ Något som emellertid inte omfattas är datorprogrammets funktion, eftersom det upphovsrättsliga skyddet inte gäller för bakomliggande idéer och principer.¹⁰⁸

Datorprogram kan skyddas som ett litterärt verk i enlighet med 1 § p. 2 URL, vilket klargjordes genom tillägget i verkskatalogen 1989.¹⁰⁹ En förutsättning för skydd är att datorprogrammet uppnår originalitetskriteriet, det vill säga ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Skyddet har harmoniserats genom datorprogramdirektivet, som närmare reglerar hur datorprogram ska skyddas. De särskilda ensamrätterna stadgas i artikel 4 och inbegriper rätten till ”varaktig eller tillfällig, delvis eller fullständig återgivning av ett datorprogram på vilket sätt och i vilken form som helst”.¹¹⁰ Skyddet gäller för datorprogrammets alla uttrycksformer och omfattar således både verk i kodform och i fysisk form.¹¹¹

Datorprogramdirektivet uppställer därutöver några inskränkningar i skyddet av datorprogram i artikel 5. Av bestämmelsen följer att den som lagligen har förvärvat ett datorprogram ska kunna använda programmet i enlighet med det avsedda ändamålet utan tillstånd från rättsinnehavaren. En person som har rätt att använda ett datorprogram bör även ha rätt att observera, undersöka eller prova programfunktionen, så länge det inte utgör intrång i upphovsrätten till datorprogrammet.¹¹² I nationell rätt återfinns inskränkningarna i rätten till datorprogram i 26 g och 26 h §§ URL.

Som en avslutande anmärkning bör det noteras att förarbeten har uttalat att det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram som verkskategori inte är samma sak som det eventuella skydd för det material som utvinns, analyseras eller bearbetas med hjälp av datorprogrammet.¹¹³

¹⁰⁴ Prop. 2004/05:110 s. 52 ff.

¹⁰⁵ Se artikel 1.2 datorprogramdirektivet. Se även mål C- 128/11 UsedSoft.

¹⁰⁶ Se mål C-393/09 p. 46; Jfr mål C-145/10 Painer p. 88.

¹⁰⁷ Se mål C-393/09 p. 34; Olsson & Rosén (2019) Upphovsrättstiftningen, kommentaren till 1 §.

¹⁰⁸ Se mål C-406/10 SAS Institute p. 9.

¹⁰⁹ Se prop. 1988/89:85 s. 7 f. och 27 f.

¹¹⁰ Prop. 2004/05:110 s. 52 ff.

¹¹¹ Se artikel 1.2 datorprogramdirektivet. Se även mål C- 128/11 UsedSoft.

¹¹² Se beaktandesats 14 datorprogramdirektivet.

¹¹³ SOU 1985:51, s. 90.

3 Kreativ artificiell intelligens

3.1 Definition av artificiell intelligens och tillhörande tekniska processer

Artificiell intelligens (AI) är ett fenomen som är i ständig förändring och det återfinns ingen allmänt accepterad definition i litteratur, förarbeten eller praxis. Med beaktande av den fortskridande tekniska utvecklingen bör en enhetlig definition av AI-system syfta till att vara teknikneutral och framtidssäkrad.¹¹⁴ Europaparlamentet har definierat AI som ”en maskins förmåga att visa människoliknande drag, såsom resonerande, inlärning, planering och kreativitet”.¹¹⁵ Utifrån denna kontext kan AI avses vara en form av datorprogram. Här bör nämnas att AI inte är någon enskild teknik utan begreppet förstås som en hyperonym för att beskriva olika tekniska system, inräknat maskininlärning, djupinlärning och evolutionära algoritmer.¹¹⁶

Europeiska Kommissionens föreslagna AI-förordning, som redogörs för i avsnitt 3.3, syftar bland annat till att för första gången uppnå en allmän definition av AI inom EU. I artikel 3.1 i förordningen definieras AI-system som ”software that is developed with one or more of the techniques and approaches listed in Annex I and can, for a given set of human-defined objectives, generate outputs such as content, predictions, recommendations, or decisions influencing the environments they interact with”. Det bör noteras att AI-system förstås som system som använder AI-teknik, såväl integrerat som fristående. Definitionen innehåller två element; systemet ska baseras på någon av de tekniker eller metoder som återfinns i bilaga 1 till förordningen och det ska vara fråga om en output, det vill säga ett slutresultat, som påverkar omgivningen som AI-systemet samspelar med.¹¹⁷ Kravet på att systemet ska vara baserat på en viss teknik har emellertid kritiserats av bland annat Näringslivets regelnämnd (NNR) för att inte vara tillräckligt teknikneutral med hänsyn till den fortskridande tekniska utvecklingen.¹¹⁸ Kommissionen har emellertid en befogenhet att uppdatera bilagan genom delegerande akter.¹¹⁹

¹¹⁴ Jfr förslag (2021/0106(COD)) från Europeiska Kommissionen till Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens (rättsakt om artificiell intelligens) och om ändring av vissa unionslagstiftningar (AI-förordningen).

¹¹⁵ Nyheter, Europaparlamentet (2021) *Vad är artificiell intelligens och hur används det?* <<https://www.europarl.europa.eu/news/sv/headlines/society/20200827STO85804/vad-arartificiell-intelligens-och-hur-anvands-det>> (besökt 2023-03-02).

¹¹⁶ Se Europeiska Kommissionen (2020) *Trends and Developments in Artificial Intelligence – Challenges to the Intellectual Property Rights Framework - Final Report*.

¹¹⁷ Se artikel 3 AI-förordningen; Jfr beaktandesats 6 AI-förordningen.

¹¹⁸ Se Näringslivets regelnämnd uttalande i Dnr 2021/078 s.1 f.

¹¹⁹ Se Regeringskansliet Faktapromemoria 2020/21:FPM109 s. 3.

En term som är nära sammankopplad med AI är *text-och datautvinning* (TDM)¹²⁰. TDM är en automatiserad teknisk process som syftar till att analysera mönster, trender och korrelationer.¹²¹ Genom text- och datautvinning kan stora mängder information behandlas i syfte att få ny kunskap och upptäcka nya tendenser. TDM kan sålunda användas för en mängd olika syften, bland annat för att träna algoritmer och AI-system.¹²² Av detta följer att även om funktionen för AI och TDM i viss mån skiljer sig åt, kan TDM betraktas som ett nödvändigt led i att träna algoritmer eller AI-system och på så vis blir begreppen sammankopplade. I detta sammanhang talas det även om *maskininlärning*. Maskininlärning kan förstås som en ytterligare analys av stora datamängder (s.k träningsdata) som används för att lära maskiner nya uppgifter.¹²³

Den tekniska processen för TDM kan, i förenklade termer, förklaras genom följande tre steg:

1. tillgång till material;
2. extrahering och/eller kopiering av material;
3. utvinning av text och/eller data och förvärvade av ny kunskap.¹²⁴

Avseende tillgång till material görs en distinktion mellan material som är fritt tillgängligt online och annat material som inte är fritt tillgängligt och därmed förutsätter tillstånd för att utnyttjas, till exempel genom licens.¹²⁵

Den tekniska metod som används för att automatiskt extrahera stora mängder data från olika hemsidor brukar benämnas *web scraping* (webbskrapning). Webbskrapning och TDM är inte synonyma begrepp men kan emellertid förstås i samband med varandra. Webbskrapning avser endast den automatiska extraheringen av data, medan TDM förstås som den tekniska process som analyserar dessa stora datamängder för att se mönster, trender och korrelationer.¹²⁶

3.2 Tekniken bakom kreativa AI-system

AI-systemen fungerar utifrån en formel med input, lärande algoritm, tränad algoritm och output. Avseende upphovsrättsliga frågor har forskare framhållit att

¹²⁰ Förkortningen TDM härstammar från den engelska språkversionen "text and data mining".

¹²¹ Se artikel 2.2 DSM-direktivet.

¹²² Se beaktandesats 18 DSM-direktivet, som föreskriver: "In addition to their significance in the context of scientific research, text and data mining techniques are widely used both by private and public entities to analyse large amounts of data in different areas of life and for various purposes, including for (...) the development of new applications or technologies."

¹²³ Se Fjeld & Kortz (2017) *A Legal Anatomy of AI-generated Art: Part I*.

¹²⁴ Se Rosati (2021) s. 34.

¹²⁵ Ibid., 34 f.

¹²⁶ Se Burrow (2021) *The law of data scraping: A review of UK law on text and data mining*, s. 1

det är av vikt att beakta samtliga delar av processen.¹²⁷ Det första skedet i den tekniska processen avser *input* och *inlärningsalgoritm*.¹²⁸ Med *input* (inmatningsobjekt) avses befintliga verk som används för att träna algoritmen i AI-systemet. För att träna AI-system förutsätts i de flesta fall stora mängder data (s.k. *big data*). Den lärande algoritmen (inlärningsalgoritm) analyserar därefter materialet som inhämtats i form av träningsdata. I detta sammanhang talas det ofta om text- och datautvinning. Det senare stadiet avser *tränad algoritm* och *output*. Den tränade algoritmen (upplärd algoritm) använder informationen som framkommit i föregående steg för att därefter generera en *output* (slutresultat). Med denna maskininlärningsmodell kan AI-system producera nya alster.¹²⁹ I detta avseende bör nämnas att inget AI-system för nuvarande är helt oberoende av mänsklig *input* eller kontroll.¹³⁰

För den upphovsrättsliga diskursen är det av vikt att förstå hur AI-system kan producera nya och kreativa alster. AI-maskiner kan förstås som kreativa program som inte bara kan kopiera befintliga alster, utan även producera nya och originella verk. AI-systemens maskininlärningsmodell tränas genom att inhämta, ”skrapa”, stora mängder material från olika hemsidor på internet. Detta innebär att miljontals inspelningar, bilder och texter kan användas som träningsdata för AI-generatorn.¹³¹ Något som blivit allt vanligare är AI-system som kan generera bilder utifrån en användares önskade beskrivning, s.k. AI image generators. Några exempel på AI-system av sådan art är Stable Diffusion, Midjourney och DALL-E 2.¹³²

Ett exempel på ett kreativt AI-system är projektet *the Next Rembrandt*, vars syfte är att producera fysiska konstverk som ska avspegla konstnären Rembrandt van Rijns originalmålningar. Systemet är baserat på konstverkens stilistiska geometri, komposition och material.¹³³ Rembrandts verk är emellertid inte längre upphovsrättsligt skyddade och det finns således inga upphovsrättsliga hinder mot att använda konstnärens alster som träningsdata för AI-system.¹³⁴

Kreativa AI-system bygger i många fall på data som extraherats och analyserats genom webbskrapning och text- och datautvinning. Den nuvarande och framtida

¹²⁷ Se Fjeld & Kortz (2017) *A Legal Anatomy of AI-generated Art: Part I*; jfr PRV:s tankepaper (2021) s. 10 ff.

¹²⁸ Det bör noteras att när *input* benämns i uppsatsens fortsatta framställning är även inlärningsalgoritm inbegripet.

¹²⁹ Se Fjeld & Kortz (2017) *A Legal Anatomy of AI-generated Art: Part I*.

¹³⁰ Se Axhamn (2021) *Copyright and Artificial Intelligence - with a focus on the area of music - Festskrift til Jørgen Blomqvist*, s. 43.

¹³¹ Se Fjeld & Kortz (2017) *A Legal Anatomy of AI-generated Art: Part I*.

¹³² Se Quintais (2023) *Generative AI, Copyright and the AI Act*, Kluwer Copyright Blog. <<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/05/09/generative-ai-copyright-and-the-ai-act/>> (besökt 2023-04-25).

¹³³ Se *The Next Rembrandt* <<https://www.nextrembrandt.com>>.

¹³⁴ Se avsnitt 2.3 avseende upphovsrättens skyddstid.

utvecklingen inom AI beror därför på hur webbskrapning och text- och datautvinning ska tolkas utifrån upphovsrättens regelverk.¹³⁵

3.3 AI-förordningen

I april 2021 tillkom förslag (2021/0106(COD)) från Europeiska Kommissionen till Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens (rättsakt om artificiell intelligens) och om ändring av vissa unionslagstiftningar (AI-förordningen). AI-förordningen syftar till att harmonisera regler för artificiell intelligens på den inre marknaden och skapa en rättslig ram som är pålitlig, säker och förenlig med EU:s grundläggande rättigheter. För att tillförsäkra rättssäkerhet och undvika fragmentering på den inre marknaden sker förslaget genom en förordning, som blir direkt bindande och tillämplig för alla medlemsstater inom EU. Den grundläggande tanken bakom förslaget är att införa en enhetlig reglering av AI inom EU, samtidigt som det finns ett visst utrymme för medlemsstater att vidta nationella åtgärder.¹³⁶ Förslaget granskas för närvarande av Europaparlamentet och rådet.

Förordningen utgår från ett riskbaserat angreppssätt. Metoden innebär att AI-system analyseras utifrån hur stora risker de medför och åläggs skyldigheter utifrån riskens omfattning. AI-system som definieras som högrisk är inte förbjudna *per se*, men måste genomgå en granskning av en behörig offentlig aktör samt beviljas en CE-märkning. AI-system som endast innebär en marginell risk, får användas utan restriktioner.¹³⁷ Det återstår att se om kreativ AI, som genererar nya verk baserade på inmatning av befintligt skyddat material, är att klassas som ett AI-system som utgör hög risk.

Artikel 13.1 föreskriver ett krav på transparens för AI-system med hög risk, bland annat för att användare ska kunna tolka systemets utmatningsdata och använda dem på ett lämpligt sätt. Dessutom ska det material som används som träningsdata kunna specificeras.¹³⁸ Om generativa AI-verktyg, såsom ChatGPT och Midjourney, faller inom kategorin för högrisk, innebär denna bestämmelse således en skyldighet att dokumentera det befintligt skyddade material som använts för att utveckla AI-systemen.¹³⁹

¹³⁵ Se Manteghi (2022) s. 651 ff.

¹³⁶ Se AI-förordningen avsnitt 1.1.

¹³⁷ Regeringskansliet Faktapromemoria 2020/21:FPM109 s. 3 ff.

¹³⁸ Se artikel 13.3 b(v) AI-förordningen.

¹³⁹ Nyheter, Europaparlamentet (2023) AI Act: a step closer to the first rules on artificial intelligence < <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20230505IPR84904/ai-act-a-step-closer-to-the-first-rules-on-artificial-intelligence> > (besökt 2023-05-18)

4 Användning av skyddat material som träningsdata

4.1 Introduktion

Under de senaste decennierna har artificiell intelligens börjat användas i allt större utsträckning för att generera konstnärliga verk.¹⁴⁰ En ökad popularitet med att använda AI för att generera konst leder till att många upphovsrättsligt skyddade bilder kan komma att användas som träningsdata. För att skapa en kvalitativ output behöver stora datamängder inhämtas. Materialet som används kan komma från till exempel sociala medier, internetsökningar och digitala bibliotek. Användningen av kreativa AI-system har upprört många rättighetsinnehavare som menar att deras verk exploateras utan tillstånd eller ekonomisk kompensation.¹⁴¹

Den nya digitala tekniken har medfört stora möjligheter att skapa digitala kopior av skyddat material, vilka oftast är av likvärdig kvalitet.¹⁴² Upphovsrättslagen uppställer, som anges ovan, skydd för varje litterärt och konstnärligt verk, under förutsättning att de uppfyller kravet på verkshöjd och originalitet.¹⁴³ Såväl bilder som texter, videor, databaser och layouter på websidor kan skyddas. Som tidigare också konstaterats bygger AI-genererade alster på analyser av tidigare verk, varav många kan vara upphovsrättsligt skyddade eller skyddade som databaser enligt sui generis-rätten.¹⁴⁴

Inledningsvis bör nämnas att all data som extraheras vid inputen inte nödvändigtvis är befintligt skyddade alster. Tidigare upphovsrättsskyddade verk kan till exempel användas fritt om skyddstiden har löpt ut, vilket var fallet i projektet The Next Rembrandt.¹⁴⁵ Därtill kan webbskrapning och text- och datautvinning för användningen av upphovsrättsligt skyddat material i vissa fall vara laglig. Stora plattformar som till exempel Facebook och Google har ofta licenser från rättighetsinnehavare för att kunna förfoga över en viss mängd material.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Ett av de första kreativa AI-systemen var AARON och skapades av Harold Cohen 1973, <<http://www.computerhistory.org/atcm/harold-cohen-and-aaron-a-40-year-collaboration>> (besökt 2023-03-19).

¹⁴¹ Se Schumpeter (2023) A battle royal is brewing over copyright and AI, The economist, <<https://www.economist.com/business/2023/03/15/a-battle-royal-is-brewing-over-copyright-and-ai>> (besökt 2023-04-19).

¹⁴² Se prop. 2004/05:110 s. 285.

¹⁴³ Se mål C-5/08 Infopaq p. 37; mål C-145/10 Painer p. 88.

¹⁴⁴ Jfr Quintais (2023) Generative AI, Copyright and the AI Act, Kluwer Copyright Blog.

¹⁴⁵ Se avsnitt 3.2.

¹⁴⁶ Se till exempel Facebook Privacy Update, <https://www.facebook.com/about/privacy/update> (besökt 2023-03-18).

Innehållet kan även falla under Creative Commons (CC) licenser, som ger fri tillgång till utvalt upphovsrättsskyddat material.¹⁴⁷ Genom licenser kan användaren således få tillstånd att framställa exemplar av upphovsrättsligt skyddat material, vilket även följer av 3 a kap URL.

Att enbart förlita sig på sådan data som inte är upphovsrättsligt skyddad eller på annat sätt har tillåtits av rättighetsinnehavaren kan emellertid leda till ett begränsat analysunderlag och således generera en snedvriden eller vinklad output, s.k. *biased output*.¹⁴⁸ Det torde således finnas ett behov för aktörer att fritt kunna utvinna stora mängder data för att producera en bättre output, både kvalitativt och kvantitativt sett.

I det följande kommer det utredas i vilken utsträckning befintligt skyddade verk och databaser kan användas som input och träningsdata utan att intrång sker. Intrångsbedömningen tar sikte på de digitala kopiorna som uppstår under skapandeprocessen och huruvida dessa kan utgöra en otillåten exemplarframställning. Här bör även nämnas att en del av materialet som används vid inputen kan återspeglas i slutresultatet. Av denna anledning kommer utredningen även belysa huruvida det genererade slutresultatet kan utgöra en bearbetning av ett befintligt skyddat alster.

4.2 Intrång i upphovsmannens ensamrätt till exemplarframställning

4.2.1 Exemplarframställningsrätten

När någon vidtar en åtgärd som står i strid med upphovsmannens ensamrätt enligt 2 § URL kan vederbörande göra sig skyldig till upphovsrättsintrång enligt 53 § URL. Som tidigare nämnts innebär ensamrätten att upphovsmannen har en exklusiv rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar eller göra verket i fråga tillgängligt för allmänheten. Ensamrätten gäller så länge verkets ”inre form” bibehålls.¹⁴⁹ Auktorrättskommittén beskriver verkets ”inre form” som ”verkets tankeinhåll i den individuella utformning som upphovsmannen har givit detsamma”.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Se till exempel Multimedia Commons, a collection of audio and visual works licensed with Creative Commons, <https://registry.opendata.aws/multimedia-commons/>. (besökt 2023-03-18).

¹⁴⁸ Se Levendowski (2018) *How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem*, s. 93.

¹⁴⁹ Se Olsson & Rosén (2019) Upphovsrättslagstiftningen, kommentaren till 2 §.

¹⁵⁰ Se NJA II 1961 s. 44.

Exemplarframställning definieras enligt 2 § 2 stycket URL som ”varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod det sker och oavsett om det sker helt eller delvis”.¹⁵¹ Med andra ord innebär detta att om ett upphovsrättsligt skyddat alster i sin helhet eller delvis återskapas i någon form, kan denna reproduktion inskränka rättighetsinnehavarens ensamrätt.¹⁵² Som tidigare anförts gäller det upphovsrättsliga skyddet för verk i såväl ändrat skick som i annan teknik. Detta bör ses som en klaggörande utfyllnad av vad som anges i Infosoc-direktivet.¹⁵³ Exemplarframställningen i svensk rätt torde således inte kunna omfatta något mer än vad som följer av Infosoc-direktivet eller övriga direktiv som reglerar exemplarframställning och som har blivit implementerade i svensk rätt.¹⁵⁴

Departementschefen uttalade i 1960 års proposition att uttrycket ”exemplar” är en juridisk-teknisk term som ”icke anknyter till den åtskillnad som man på berörda områden gör mellan exemplar, reproduktion, kopia och replik”.¹⁵⁵ Ett exemplar av ett konstverk kan till exempel framställas genom såväl kopiering som genom att verket tecknas av någon annan.¹⁵⁶

Exemplarframställningen kan sålunda vara direkt eller indirekt. Ett typexempel på en direkt exemplarframställning är när ett verk som fixerats på en anordning direkt kopieras eller förs över till samma eller annan form av lagringsmedia. En indirekt exemplarframställning innefattar ett mellankommande led och kan till exempel vara en ljudupptagning av ett verk genom en radiosändning.¹⁵⁷ Även tillfälliga kopior täcks av upphovsmannens ensamrätt, till exempel sådana digitala kopior som är mer eller mindre flyktiga och som uppstår i en dators arbetsminne när ett verk återges på skärmen eller på annat vis.¹⁵⁸

Skyddet gäller även för verk som överförs på en anordning genom vilken det kan återges, till exempel på en dators hårddisk. Ett verk mångfaldigas när det fixeras i materiell form som är så stabil att verket kan uppfattas av en människa, direkt eller indirekt med hjälp av någon form av anordning.¹⁵⁹ Det är tillräckligt att enbart ett exemplar framställs för att det ska omfattas av upphovsmannens ensamrätt.¹⁶⁰

¹⁵¹ Se artikel 2 i Infosoc-direktivet. Här bör noteras att termen mångfaldigande i Infosoc-direktivet är synonym med exemplarframställning.

¹⁵² Se artikel 2 Infosoc-direktivet.

¹⁵³ Se prop. 2004/05:110 s. 55.

¹⁵⁴ Se mål C-469/17 Funke Medien; mål C-476/17 Pelham; jfr beaktandesats 6-7 Infosoc-direktivet.

¹⁵⁵ Se prop. 1960 s. 62; jfr NJA II 1961 s. 53.

¹⁵⁶ Se till NJA 1989 s. 315 Taube-målet.

¹⁵⁷ Se Olsson & Rosén (2019) Upphovsrättslagen, kommentaren till 2 §,

¹⁵⁸ Se prop. 2004/05:110 s. 377 f. Tidigare har rättsläget avseende tillfälliga kopior varit oklart, se till exempel prop. 1996/97:111 s. 32.

¹⁵⁹ Se SOU 1985:51 s. 40; Prop. 2004/05:110 s. 377 f.

¹⁶⁰ Se Olin (2023) kommentaren till 2 § upphovsrättslagen under avsnitt 2.3.

Även delar av ett verk omfattas av rättighetsinnehavarens ensamrätt och kan därmed utgöra exemplarframställning. Detta förutsätter att de element som framställs ger uttryck för upphovsmannens egen intellektuella skapelse, det vill säga att delarna i verket i sig betraktas vara skyddsvärda.¹⁶¹ Svea Hovrätt har emellertid uttalat att det upphovsrättsliga skyddet inte gäller avseende alltför begränsade fragment som inte kan anses representera verket.¹⁶² I Premier League-målet har domstolen vidare uttryckt att helheten av de fragment som mångfaldigas samtidigt och existerar vid en given tidpunkt ska beaktas.¹⁶³ I Infopaq-målet har domstolen uttalat att mångfaldigandeskyddet, det vill säga skyddet för exemplarframställning, ska ges ”stor räckvidd” och att det inte kan uteslutas att vissa enskilda meningar i en text kan nå upp till originalitetskravet.¹⁶⁴

Bestämmelserna om exemplarframställning i 2 § andra stycket URL gäller även för databaser i 49 § tredje stycket. Tredje stycket föreskriver även att sui generis-databaser omfattas av de inskränkningar och undantag som gäller för upphovsrättsskyddade verk och databaser.

4.2.2 Inmatning av skyddat material som träningsdata

I ensamrätten ingår såväl tillfälliga som permanenta exemplarframställningar. När algoritmer i AI-system ”läser” och ”tittar” på skyddade verk skapas ofta ett flertal kopior som lagras i systemet.¹⁶⁵ I den digitala miljön uppstår regelmässigt tillfälliga kopior redan vid sådant tittande och lyssnande som sker på nätverk som till exempel Internet. Dessa digitala kopior kan utgöra en exemplarframställning.¹⁶⁶

Vad som avses med tillfällig exemplarframställning har under lång tid varit oklart i förarbeten och litteratur.¹⁶⁷ I förarbeten nämns att ett typexempel på en tillfällig exemplarframställning är sådana tillfälliga kopior som uppstår i en dators arbetsminne när ett digitalt lagrat verk företes på en bildskärm eller i samband med webbläsning, det vill säga när någon ”surfar på internet”.¹⁶⁸ Enligt nationell rätt omfattas tillfälliga kopior av ensamrätten, vilket framgår av lagtext och förarbeten.¹⁶⁹ För AI-system uppstår en sådan kopia det skyddade verket i fråga

¹⁶¹ Se de förenade målen C-403/08 och C-429/08 *Fotball Association Premier League Ltd* p. 159; NJA 1995 s. 256.

¹⁶² Se Svea hovrätts dom den 11 april 2013 i mål B 2160-12.

¹⁶³ Se de förenade målen C-403/08 och C-429/08 *Fotball Association Premier League Ltd* p. 157

¹⁶⁴ Se mål C-5/08 *Infopaq* p. 43.

¹⁶⁵ I förarbetena till upphovsrättslagen används begreppet ”arbetskopior”, se SOU 1985:51 s. 58.

¹⁶⁶ Se prop. 2004/05:110 s. 239.

¹⁶⁷ Avseende förarbeten se till exempel prop. 1996/97:111 s. 32; Ds 2003:35 s. 79; prop. 2004/05:110 s. 377. Avseende litteratur se till exempel Hugenholtz (2000) s. 483; Axhamn (2011).

¹⁶⁸ Se prop. 2004/05:110 s. 377 ff; jfr prop. 1996/97:111 s. 32. Se även NJA 2018 s. 725 p. 12.

¹⁶⁹ Se SOU 1985:51 s. 54 ff.; prop. 2004/05:110 s. 377 f.

inmatas i systemet.¹⁷⁰ Därtill uppstår det ofta ett flertal digitala kopior under inlärningsprocessen när materialet analyseras.¹⁷¹ Här bör åter noteras att ensamrätten enligt 2 § 1 stycket URL även gäller oavsett ändrat skick eller i annan teknik.¹⁷²

Tidigare i utredningen har det konstaterats att AI-system kan definieras som datorprogram¹⁷³, vilket även aktualiserar det upphovsrättsliga regelverket för datorprogram. En förutsättning för att AI-system ska kunna utnyttja det material som förs in är att det bearbetas till i ”för datorn tolkningsbar form”. När inmatning av ett verk med hjälp av ett datorprogram sker innebär det att verket förs över på ett maskinläsbart medium. I förarbeten har det konstaterats att rättsuppfattningen är att inmatningen av ett skyddat verk i ett datorsystem eller annan anordning genom vilken det på något sätt kan återges, innebär ett mångfaldigande och därmed en exemplarframställning enligt upphovsrättslagens mening. Därmed förutsätts som huvudregel tillstånd av upphovsmannen.¹⁷⁴ I praxis har emellertid passivt lagrande av datorprogramvara efter licenstiden inte ansetts utgöra upphovsrättsintrång.¹⁷⁵

Enbart sådana bearbetningar som sker när ett datorprogram översätter mänskligt språk till maskinspråk torde enligt förarbeten inte utgöra upphovsrättsintrång, under förutsättning att ingen skapandeinsats sker under processen.¹⁷⁶ Vad gäller kreativa AI-system som producerar nya konstnärliga och litterära verk skapas underkopior vid varje tillfälle som materialet används under inlärningsprocessen.¹⁷⁷ Vidare skapas ofta olika typer av reservkopior och arbetskopior av det lagrade materialet, vilket är att betrakta som ett intrång i upphovsmannens ensamrätt, både avseende mångfaldigande och bearbetning.¹⁷⁸

För att kunna kontrollera exploateringen av befintligt skyddade verk kan upphovsmännen använda sig av s.k. *tekniska åtgärder* eller *tekniska skyddsåtgärder*.¹⁷⁹ Skyddet för tekniska åtgärder återfinns i 52 b-f §§ URL och infördes den 1 juli 2005 i samband med genomförandet av Infosoc-direktivet.¹⁸⁰ Termen ”teknisk åtgärd” definieras enligt 52 b § andra stycket URL som ”varje verkningsfull teknik, anordning eller komponent som har utformats för att vid normalt bruk hindra eller begränsa exemplarframställning eller tillgängliggörande

¹⁷⁰ Se Sobel (2017) s. 61 f.

¹⁷¹ Se Triaille m.fl. (2014) s. 47 f.

¹⁷² Jfr till exempel NJA 2010 s. 559; mål c-5/08 Infopaq.

¹⁷³ Det finns emellertid ingen allmän erkänd definition av AI ännu, se till exempel PRV:s tankepaper (2021) s. 5.

¹⁷⁴ Se SOU 1985:51 s. 7, 55 ff.

¹⁷⁵ Se NJA 2018 s. 725.

¹⁷⁶ Se SOU 1985:51, s. 60 f.

¹⁷⁷ Se Triaille m.fl. (2014) s. 47 f; SOU 1985:51 s. 58.

¹⁷⁸ Se SOU 1985:51, s. 57.

¹⁷⁹ För vidare läsning se Westman (2002) s. 226.

¹⁸⁰ Se prop. 2004/05:110. Se även artikel 6 infosoc-direktivet och artikel 11 WCT.

för allmänheten av ett upphovsrättsligt skyddat verk utan samtycke från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare”.¹⁸¹ Skyddet gäller i de fall någon försöker kringgå en teknisk åtgärd som hindrar eller begränsar exemplarframställningen, vilket föreskrivs i 52 d § första stycket URL. Personer som lovligen har tillgång till ett exemplar av ett upphovsrättsskyddat verk får emellertid kringgå en teknisk åtgärd för att kunna se eller lyssna på verket enligt 52 d § andra stycket.¹⁸² Uttrycket ”lovligen” förutsätter främst upphovsmannens samtycke, men gäller även i de fall någon av inskränkningarna i 2 kap URL är tillämpliga.¹⁸³

När det sker automatiska utdrag eller återanvändningar av innehållet i en databas aktualiseras även intrångsfrågor som hänför sig till sui generis-skyddet i 49 § URL.¹⁸⁴ Intrångsfrågan för sui generis-rätten bör bedömas utifrån om användarens förfoganden överskrider dennes lagliga rätt och påverkar den gjorda investeringen negativt ”på ett kvalitativt eller kvantitativt vis”.¹⁸⁵ Praxis från EU-domstolen indikerar även att ”utdrag” och ”återanvändning” ska förstås som varje förfogande som innebär att ”tillägna sig resultatet av databasproducentens investering”, eller ”tillgängliggöra dessa för allmänheten”, under förutsättning att det sker utan databasproducentens tillåtelse och denne fräntas inkomster som är avsedda att ersätta utgifterna för investeringen.¹⁸⁶ Om användarens syfte är att skapa en ny databas saknas det betydelse för intrångsbedömningen huruvida den nya databasen konkurrerar med den ursprungliga.¹⁸⁷ I praxis har det även ansetts vara oväsentligt huruvida förfogandet har ett kommersiellt eller icke-kommersiellt syfte.¹⁸⁸

När webbskrapning och text- och datautvinning används för att träna AI-systemen sker det otillbörliga handlandet när hela eller en väsentlig del av databasinnehållet, varaktigt eller tillfälligt, överförs till ett annat medium, med andra ord kopieras.¹⁸⁹ Ett sådant förfogande kan till exempel vara när den extraherade informationen återspeglas på en annan webbplats.¹⁹⁰ Det är först vid denna tidpunkt som det går att granska materialet och göra antaganden om likheterna mellan den ursprungliga- och den nya sammanställningen.¹⁹¹ Det är utan betydelse huruvida överföringen är varaktig eller tillfällig; utdraget anses ha skett vid lagringen.¹⁹²

¹⁸¹ Jfr artikel 6.1 Infosoc-direktivet.

¹⁸² Jfr prop 2004/05:110 s. 304 f.

¹⁸³ Ibid s. 305; Axhamn (2011) s. 22.

¹⁸⁴ Se artikel 7.1 databasdirektivet.

¹⁸⁵ Se Axhamn (2017) s. 257; Mål C-203/02 The British Horseracing Board p. 47–48; Mål C-304/07 Directmedia p. 4.

¹⁸⁶ Se mål C-203/02 The British Horseracing Board p. 51.

¹⁸⁷ Se mål C-203/02 The British Horseracing Board p. 51.

¹⁸⁸ Se mål C-203/02 The British Horseracing Board p. 48.

¹⁸⁹ Se artikel 7(2)(a) databasdirektivet. Vid bedömning av väsentlig del se t e x mål C-202/12 Innoweb p. 37; mål C-203/02 British Horseracing p. 67.

¹⁹⁰ Jfr art 7.2 a och beaktandesats 44 databasdirektivet.

¹⁹¹ Se mål C-202/12 (Innoweb) p. 27 och 37.; mål C-30/14 (Ryanair).

¹⁹² Se mål C-545/07 Lakorda p. 45.

Behöriga användare får fortfarande kopiera kvalitativt eller kvantitativt sett mindre väsentliga delar av innehållet i den skyddade databasen.¹⁹³ Det finns även en ytterligare en möjlighet att göra en kopia av databasen utan särskilt tillstånd av databasens upphovsman enligt 26 g § femte stycket URL.¹⁹⁴ Bestämmelsen innebär att ”den som har rätt att använda en sammanställning får förfoga över den på det sätt som är nödvändigt för att han skall kunna använda sammanställningen för dess avsedda ändamål”. Bestämmelsen kan motiveras av att det fordras framställningar av digitala exemplar i den digitala miljön, eftersom de i många fall kan uppstå automatiskt.¹⁹⁵ Därtill kan användarens rätt inte inskränkas genom avtalsvillkor enligt sjätte stycket.¹⁹⁶

Det bör noteras att ”den som har rätt att använda” och motsvarande skyddssubjekt ”behörig användare” som återfinns i databasdirektivet inte är helt densamma.¹⁹⁷ Uttrycket ”den som har rätt att använda” har i förarbeten motiverats med att begreppet både ska innefatta när någon genom överlåtelse eller upplåtelse förvärvat rätt och när någon ”fullt legitimt använder en sammanställning i digital form på internet”.¹⁹⁸ Hur begreppet ”behörig användare” i direktivet ska förstås är omdiskuterat i litteraturen. Vissa menar att en snäv tolkning är att föredra och att endast användare som erhållit individuellt tillstånd från rättighetsinnehavaren ska omfattas.¹⁹⁹ Andra förespråkar en bredare tolkning, som innebär att användare som agerar utifrån en inskränkning eller undantagsbestämmelse i upphovsrätten omfattas. Axhamn menar att ”behörig användare” enligt direktivets ordalydelse rimligtvis kan avgränsas till ”användare som har fått tillstånd”.²⁰⁰

Sammanfattningsvis torde förfogandet, vid avsaknad av tillstånd, utgöra en otillåten exemplarframställning. Förfoganderätten i 2 § kan emellertid inskränkas i särskilda fall, vilket kommer behandlas i nästa kapitel.

4.3 Bearbetning av befintligt skyddade verk

När befintligt skyddat material används som träningsdata i syfte att producera ett slutresultat genom kreativa AI-system uppkommer frågor om det nya verket innebär en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk. En bearbetning av ett alster som sker utan tillstånd av rättighetsinnehavaren kan innebära ett intrång i

¹⁹³ Se artikel 8(1) och artikel 7(5) databasdirektivet.

¹⁹⁴ Jfr artikel 6.1 databasdirektivet.

¹⁹⁵ Jfr Olsson & Rosén (2019) Upphovsrättslagen, kommentaren till 25 g §.

¹⁹⁶ Se prop. 1996/97:111 s. 33 f.

¹⁹⁷ Se 6.1 databasdirektivet.

¹⁹⁸ Se prop. 1996/97:111 s. 23 f. och 33.

¹⁹⁹ Jfr Axhamn (2017) s. 323.

²⁰⁰ Se Axhamn (2017) s. 323 med vidare hänvisning.

upphovsmannens förfoganderätt, medan ett nytt och självständigt alster inte är beroende av rätten till originalverket enligt 4 § URL.

Det upphovsrättsliga skyddet omfattar verk i bearbetad form enligt 2 § 1 st URL. Bestämmelsen om bearbetning återfinns därtill i 4 § URL. För att ett alster ska klassas som en bearbetning av ett verk krävs att de huvudsakliga dragen i originalverket behålls.²⁰¹ Skyddet gäller även för bearbetningar i annan teknik, översättning eller överföring till annan litteratur eller konstform. I förarbeten har det framhållits att en bearbetning ska utgöra en konsekvens av ett individuellt andligt skapande. Rena mekaniska eller rutinmässiga bearbetningar av ett verk anses således inte uppfylla detta krav.²⁰² En bearbetning innebär att verket överförs till en annan form eller omvandlas till en annan form.²⁰³ Den som har bearbetat ett befintligt skyddat alster får inte förfoga över det i strid med upphovsrätten till originalverket, om inte den ursprungliga upphovsmannen har givit tillstånd till detta.²⁰⁴ Bearbetningen får således inte användas i strid med upphovsrätten till originalverket. Här är det värt att notera att skyddet i svensk rätt först tillkommer när en exemplarframställning sker.²⁰⁵

Om någon i fri anslutning till det befintliga verket har skapat ett nytt och självständigt verk enligt 4 § 2 stycket URL, är dennes upphovsrätt ej beroende av rätten till originalverket. För att verket ska anses självständigt enligt upphovsrättslagens mening krävs enligt förarbeten att verket har skapats i fri anslutning och utan alltför stora intryck av andras verk.²⁰⁶ Enbart det faktum att ett befintligt verk har tjänat som inspiration, medvetet eller omedvetet, till ett nytt och självständigt verk kan inte anses utgöra en bearbetning. En faktor att beakta vid likhetsprövningen är om verken ger samma estetiska upplevelse. HD har vidare framhållit att prövningen ska utgå från den subjektiva uppfattning som kan delas av flertalet.²⁰⁷ Av förarbeten framgår att självständighet inte ska tolkas för strängt.²⁰⁸ Att enbart använda delar av ett skyddat alster kan också utgöra en bearbetning om delen representerar ursprungsverket.²⁰⁹

Vad gäller AI-systemens output, som bygger på befintligt skyddade verk, kan dessa utgöra en bearbetning eller efterbildning och därmed vara otillåtna att framställa. Bearbetningar kan även ske under processens gång. Avgörande för bedömningen blir om outputen i dess helhet och materiellt påminner om ett eller flera

²⁰¹ Se Prop. 2004/05:110 s. 49 f. Se även NJA II 1961, s. 80.

²⁰² Se SOU 1956:25, s. 133. Se även NJA 2017 s. 75 Svenska Syndabockar.

²⁰³ Ibid., s. 133 f.

²⁰⁴ Ibid., s. 99.

²⁰⁵ Ibid., s. 133 ff; jfr artikel 5 b databasdirektivet och artikel 4 b datorprogramsdirektivet.

²⁰⁶ Se SOU 1956:25 s. 137.

²⁰⁷ Se NJA 2017 s. 75 Svenska Syndabockar p. 14.

²⁰⁸ Se SOU 1956:25 s. 137 f; jfr till exempel NJA 1994 s. 74 Smultron-målet.

²⁰⁹ Se till exempel bedömningen i NJA 1985 s. 909 Med andra ord; NJA 2002 s. 178 Drängarna.

originalverk som redan finns tillgängliga för allmänheten.²¹⁰ Här är det värt att nämna att risken torde vara relativt stor eftersom även små beståndsdelar av ett ursprungsverk kan vara skyddade. I dessa fall kan intrångsgöraren ha svårt att argumentera för motsatsen.²¹¹

Med hänsyn till att AI-system ofta tränas på stora mängder material kan det emellertid bli svårt för den ursprungliga rättighetsinnehavaren att i praktiken bevisa att ett särskilt alster har använts som träningsdata, eftersom slutresultatet kraftigt kan skilja sig från de ursprungliga verk som använts som inmatningsdata.²¹² Bedömningen beror således på mängden material samt vilken typ av material som har inmatats. Det anses vara större intrångsrisik om urvalet i materialet är för homogent på så sätt att det endast avspeglar en specifik konstnär. Här är det även av relevans att beakta upphovsrättens skyddsobjekt, som övergripande har diskuterats i avsnitt 2.3. Att upphovsrätten inte skyddar stildrag, teknik och manér syftar till att undvika en monopolisering av en särskild konstnärs stil genom upphovsrättsskydd.²¹³ Det är således inte i linje med upphovsrätten att skydda en konstnärs stilistiska drag. Vad som skiljer stilistiska drag från det EU-rättsliga originalitetskriteriet som ska ”avspegla upphovsmannens personlighet” är emellertid inte förtydligt i förarbeten eller praxis, varvid rättsläget i detta avseende är att anse som oklart.

Vägledning kan även hämtas från resonemangen i *Pelham-målet*.²¹⁴ I målet kom domstolen fram till att användningen av ett ljudprov i ett nytt fonogram inte skulle utgöra en återgivning av originalverket, om ljudprovet i det nya fonogrammet var i en så pass modifierad form att det blev oigenkännligt för örat.²¹⁵ Domstolen baserade denna slutsats på två faktorer; användarens syfte var konstnärligt skapande; och användningen av ljudprovet stör inte den ursprungliga rättighetsinnehavarens möjlighet att få avkastning.²¹⁶ I *Painer-målet* återfinns ett liknande resonemang av generaladvokaten Trstenjak.²¹⁷

Bedömningen av huruvida det nya AI-genererade verket är att anse som en bearbetning eller ett nytt och självständigt verk ska göras i varje enskilt fall. Gervais menar att det finns två faktorer som är avgörande för bedömningen:

- i) ändamålet med alstret, och
- ii) den inverkan som alstret får på marknaden.²¹⁸

²¹⁰ Jfr mål C-419/13 *Art & Allposters International*.

²¹¹ Se till exempel NJA 2002 s. 178 *Drängarna*, där ett fåtal noter av en låt skyddades.

²¹² Se *Triaille m.fl* (2014) s. 87.

²¹³ Se *Karnell* (1990) s. 594.

²¹⁴ Se mål C-476/17 *Pelham*.

²¹⁵ *Ibid.* p. 31

²¹⁶ *Ibid.* p. 37-38.

²¹⁷ Se mål C-145/10 *Painer* p. 42.

²¹⁸ Se *Gervais* (2022) s. 19 ff.

5 Tillämpliga inskränkningar

5.1 Introduktion

Som tidigare redogjorts för har upphovsmannen en exklusiv rätt att förfoga över sina verk enligt 2 § URL, vilken kan vara föremål för undantag och inskränkningar i särskilda fall.²¹⁹ I utredningens föregående avsnitt har det konstaterats att rättsläget för hur befintligt skyddat material får användas som träningsdata för kreativa AI-system är synnerligen oklart eftersom åtgärden tidigare inte varit reglerad i lagtext eller praxis. I det följande ska det utredas huruvida någon av upphovsrättens inskränkningar kan bringa klarhet i denna problematik.

De inskränkningar som blir aktuella för sådan exemplarframställning som sker vid inmatning och under inlärningsprocessen är framställning av tillfälliga exemplar i 11 a § URL och de nya inskränkningarna för text- och datautvinning (TDM) som regleras i 15 a-c §§ URL. Inskränkningarna för TDM introducerades i EU:s nya direktiv (2019/790) av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden (DSM-direktivet). Bestämmelserna i artikel 3 och 4 implementerades i svensk rätt genom lag (2022:1712) och återfinns idag i 15 a-c §§. DSM-direktivet syftar till att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning avseende upphovsrättsligt material i en digital miljö och för första gången skapa större visshet om rättsläget för hur text- och datautvinning får användas.²²⁰

5.2 Trestegsregeln

Upphovsrättens inskränkningar syftar till att skydda upphovsmannens intressen och samtidigt tillgodose allmänna och enskilda intressen. Inskränkningarna ska tolkas restriktivt enligt lagstiftaren.²²¹ Trots ett restriktivt förhållningssätt ska emellertid inte en effektiv tillämpning av inskränkningarna undergrävas.²²² I praxis har det framhållits att det finns ett begränsat utrymme för domstolarna att tolka in andra inskränkningar av ensamrätter utöver de som är införda i lagen och andra intressen än samhällets, till exempel intressen för kommersiella ändamål.²²³ Därtill har det

²¹⁹ Se Levin & Hellstadius (2019) s. 199 och 207.

²²⁰ Se beaktandesats 2, 6 och 8 DSM-direktivet.

²²¹ Se prop. 2004/05:110 s. 83 f.; mål C-5/08 Infopaq p. 56; de förenade målen C-403/08 och C-429/08 Football Premier League p. 162–164; NJA 2016 s.212 Wikimedia p. 13; PMD i mål B 7348-20 En svensk tiger s. 13.

²²² Se till exempel mål C-516/17 Spiegel Online p. 36; mål C-469/17 Funke Medien p. 51; mål C-201/13 Deckmyn p. 23.

²²³ Se till exempel domskälen i NJA 1986 s. 702 (Demonstrationsmusik).

konstaterats att inskränkningarna i själva verket ”innebär rättigheter till förmån för användarna av skyddade verk”.²²⁴ Detta motiveras av att det ska ske en skälig avvägning mellan rättighetsinnehavares intressen, vilka ska vara föremål för en bred tolkning, och rättigheterna och intressena för användare av skyddade verk.²²⁵ Hur bedömningen av inskränkningar ska tolkas utgår från den så kallade trestegsregeln, som bland annat återfinns i artikel 5.5 Infosoc, artikel 13 TRIPS-avtalet och artikel 6.3 databasdirektivet. Trestegsregeln innebär att upphovsrättens undantag och inskränkningar endast ska tillämpas

- I) i vissa särskilda fall,
- II) som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster,
- III) och inte oskäligt inkräkta på rättighetsinnehavarens legitima intressen.

Syftet med trestegsregeln är att garantera upphovsmännen vissa minimirättigheter som inte får begränsas. I tolkningen ska hänsyn tas till de ekonomiska verkningar som inskränkningarna kan få i den nya digitala miljön.²²⁶

Trestegsregeln kommer även till uttryck i artikel 9.2 Bernkonventionen. I Bernkonventionen gäller trestegsregeln emellertid enbart för rätten till exemplarframställning.²²⁷ Här bör nämnas att den tekniska utvecklingen har medfört stora förändringar sedan trestegsregeln etablerades i Bernkonventionen 1967.

I svensk rätt framgår ingen motsvarande bestämmelse uttryckligen av lagstiftning. Av förarbeten framgår dock att trestegsregeln ska utgöra en tolkningsbestämmelse vid bedömningen av inskränkningar och undantag. Vidare framhålls att inskränkningarna ska vara avgränsade och så tydliga som möjligt i syfte att uppnå förutsebarhet.²²⁸ Högsta domstolen har även uttalat att trestegsregeln ska vara vägledande för hur inskränkingsbestämmelserna i svensk rätt ska tolkas.²²⁹ I skrivande stund undersöker en pågående utredning om en uttrycklig reglering, motsvarande trestegsregeln i artikel 5.5 Infosoc-direktivet, ska införas i upphovsrättslagen. Utredningen ska redovisas i november 2023.²³⁰

²²⁵ Se mål C-516/17 Spiegel Online p. 54.

²²⁶ Se beaktandesats 44 Infosoc-direktivet.

²²⁷ Se prop. 2004/05:110 s. 82.

²²⁸ Ibid. s. 81-84.

²²⁹ Se NJA 2016 s. 212 p. 13.

²³⁰ Se Kommittédirektiv 2022:125.

5.3 Inskränkning för tillfällig exemplarframställning

5.3.1 Allmänna förutsättningar

Det eventuella intrång som uppstår vid exemplarframställning kan falla inom inskränkningen för tillfällig exemplarframställning som stadgas 11 a § URL.²³¹ Bestämmelsen tar sikte på de kopior som återskapas i den digitala miljön och har tillkommit i syfte att säkerställa den tekniska utvecklingen.²³² Därtill ska inskränkningen balansera upphovsmännens intressen och rättigheter med användares rättigheter och intressen av att dra nytta av möjligheterna i den nya teknologin.²³³ Detta innebär att många av de tillfälliga kopior som automatiskt uppstår i den digitala miljön, till exempel vid ”surfande på internet”, kan komma att omfattas av inskränkningen i 11 a §.²³⁴ För att inskränkningen ska vara tillämplig föreskrivs tre förutsättningar, i) exemplarframställningen ska utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, ii) exemplaren ska vara flyktiga och ha en underordnad ställning i den tekniska processen, och iii) exemplaren får inte inneha en självständig ekonomisk betydelse.²³⁵ Praxis indikerar att förutsättningarna är kumulativa och ska tolkas restriktivt.²³⁶

Det första kriteriet är att exemplarframställningen ska utgöra ”en integrerad och väsentlig del i en teknisk process”. Rekvisitet ger uttryck för situationer när en exemplarframställning är nödvändig för att en viss teknisk process ska fungera, eller fungera mer effektivt, till exempel genom s.k. caching. I förarbeten nämns till exempel sådana tillfälliga kopior som uppkommer i olika servrar när verk överförs på internet, eller i sådana kopior som uppkommer i en dator i samband med webbläsning.²³⁷

Exemplaren ska vidare vara flyktiga och ha en underordnad ställning i den tekniska processen. Detta gäller till exempel sådana kopior som uppkommer utan att användaren kan påverka omständigheterna som anknyter till kopiorna, till exempel s.k. cachekopior som har som syfte att göra överföringen i ett nätverk mer effektiv.²³⁸ Slutligen får exemplaren inte inneha någon självständig ekonomisk betydelse. En kopia kan till exempel få självständig ekonomisk betydelse när en

²³¹ Jfr artikel 5.1 Infosoc-direktivet.

²³² Se prop. 2004/05:110 s. 89.

²³³ Se de förenade målen C-403/08 och C-429/08 Football Premier League p. 164.

²³⁴ Prop. 2004/05:110 s. 338 f.

²³⁵ Jfr artikel 5.1 Infosoc-direktivet.

²³⁶ Se till exempel mål C-5/08 Infopaq p. 56-57; mål C-360/13 Public Relations Consultant Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd p. 23; Mål C-527/15 Filmspeler p. 61-62; De förenade målen C-403/08 och C-429/08 Football Premier League p. 162-164.

²³⁷ Prop. 2004/05:110 s. 380.

²³⁸ Ibid. s. 380.

tillfällig cachekopia fortfarande finns kvar trots att den permanenta ursprungskopian har tagits bort från Internet.²³⁹ I praxis har därutöver uttalats att rekvisitet avser sådan exemplarframställning som går utöver den ekonomiska nytta som uppstår av en normal användning.²⁴⁰

Enligt 11 a § andra stycket får förfoganden enligt första stycket endast ske om det enda syftet med framställningen är att möjliggöra ”överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand” eller ”laglig användning, dvs. användning som sker med tillstånd från upphovsmannen eller dennes rättighetsinnehavare, eller annan användning som inte är otillåten enligt denna lag”. Den förstnämnda tar sikte på situationer när överföringar sker över till exempel internet, till exempel sådana exemplar som framställs vid överföring av e-mail.²⁴¹ Den sistnämnda innefattar sådana förfoganden som är tillåtna på grund av någon av inskränkningarna eller undantagen som regleras i 2 kap URL.²⁴²

I litteraturen har det vidare framhållits att tillämpligheten av inskränkningarna är beroende av den tekniska processen, hur rekvisitet självständig ekonomisk betydelse ska tolkas och hur kopierna kommer utnyttjas. En bedömning utifrån omständigheterna bör således göras i varje enskilt fall.²⁴³

Avslutningsvis bör läsaren uppmärksammas på att inskränkningarna i 11 a § inte gäller när personer till exempel laddar ner material på internet i sin dator. I dessa fall är det fråga kopior av permanent karaktär.²⁴⁴ I 11 a § tredje stycket framgår även att bestämmelsen inte ger rätt till exemplarframställning av datorprogram eller sammanställningar, vilket inbegriper databaser.²⁴⁵

5.3.2 Tillfälliga kopior som uppstår i AI-system

I första hand kan det argumenteras för att de digitala kopierna som uppstår under AI-systemens inlärningsprocess kan uppfylla kriteriet för att utgöra ”en integrerad och nödvändig del av en teknisk process”.²⁴⁶ I förarbeten nämns som exempel sådana exemplar som kan uppstå i arbetsminnet på en dator vid webbläsning eller vid annat digitalt användande av verk.²⁴⁷ Hugenholtz har framhållit att enbart den tekniska nödvändigheten att framställa en tillfällig kopia *per se* inte bör ge uttryck

²³⁹ Se prop. 2004/05:110 s. 380.

²⁴⁰ Se de förenade målen C-403/08 och C-429/08 Football Premier League p. 174-175.

²⁴¹ Se Olsson & Rosén (2019) Upphovsrättslagstiftningen, kommentaren till 11 a §.

²⁴² Se prop. 2004/05:110 s. 382.

²⁴³ Se Westman (2019) s. 144; Geiger m.fl. (2018) s. 9.

²⁴⁴ Se Olsson & Rosén (2019) Upphovsrättslagstiftningen, kommentaren till 11 a §.

²⁴⁵ Se prop. 2004/05:110 s. 382.

²⁴⁶ Jfr *ibid.* s. 89.

²⁴⁷ Se prop. 2004/05: 110 s. 381.

för en otillåten exemplarframställning.²⁴⁸ Att innebörden av exemplarframställning ska tolkas från en juridisk kontext snarare än som ett rent tekniskt och mekaniskt begrepp lyftes redan under 1880-talet av Josef Kohler, som menade att de rent tekniska aspekterna inte ska bestämma hur rekvisitet exemplarframställning ska förstås. I stället bör fokus vara huruvida en kopia av ett verk utgör ett led i att kommunicera verket till allmänheten.²⁴⁹ Huruvida de digitala kopiorna avses exploateras för vinstsyften får även betydelse här.²⁵⁰

Om kopiorna enbart initialt utnyttjas som en nödvändighet i en teknisk process kommer troligtvis slutanvändaren inte få tillgång till de ursprungliga kopiorna. Något som slutanvändaren får tillgång till är emellertid de alster som AI-systemet producerat som slutresultat, vilka bygger på den träningsdata som har inhämtats. De digitala kopior som framställs under den tekniska processen kan således betraktas som en förutsättning för AI-systemens funktion.²⁵¹ Kopiorna brukar dessutom behållas under en längre period för att kunna bearbetas och utvinnas. Av denna anledning får kopiorna en mer permanent karaktär. Sammantaget är de digitala kopiorna som skapas under processen nödvändiga och utgör grunden för det slutliga resultatet, varför dessa inte torde klassas som enbart tillfälliga och flyktiga kopior.²⁵²

Det bakomliggande syftet bakom användningen av kreativa AI-system är i många fall att generera vinst vid slutresultatet, eftersom de konstnärliga och litterära alster som producerats kan ha ett stort ekonomiskt värde. Vad gäller de framställda digitala kopiorna *i sig*, som är ett nödvändigt led i inlärningsprocessen, uppstår frågan om dessa kopior kan ha ett självständigt ekonomiskt värde. Avgörande för bedömningen blir i vilket skede av den tekniska processen som en självständig ekonomisk vinst uppstår; vid inmatningen för träningsdata eller vid outputen som tillgängliggörs för allmänheten? I Infopaq II-målet²⁵³ indikerar domstolens bedömning att de tillfälliga kopiorna som framställs inte får leda till en modifiering av verket.²⁵⁴ I målet uttalade domstolen även att utskriften av ett utdrag om 11 ord inte kan anses vara flyktiga exemplar på så vis som föreskrivs i artikel 5.1 Infosoc-direktivet.²⁵⁵ Det blir sålunda avgörande huruvida rättstillämparen bedömer kopiorna som en exemplarframställning som innehar ett ekonomiskt värde i sig.

²⁴⁸ Hugenholtz (2000) s. 482-493.

²⁴⁹ Ibid. s. 482-493.

²⁵⁰ Schönberger (2018) s. 16.

²⁵¹ Se Foong (2022) s. 513-533.

²⁵² Se till exempel mål C-360/13 Public Relations Consultant Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd p. 40-50.

²⁵³ Se mål C-302/10 Infopaq II.

²⁵⁴ Ibid. p. 53-54.

²⁵⁵ Se mål C-5/08 Infopaq I p. 48-51.

Som tidigare anförts används ofta stora datamängder vid inhämtningen av material som träningsdata. Detta leder vidare till svåra frågor om huruvida det går att uppskatta det ekonomiska värdet av varje enskilt alster och vilken betydelse det får för den ekonomiska vinsten i slutresultatet.²⁵⁶

Med hänsyn till vad som anförts ovan framstår det som högst osannolikt att inskränkningen omfattar de digitala kopior som uppstår under inlärningsprocessen för kreativa AI. Här bör även nämnas att det för närvarande inte finns någon praxis som reglerar den specifika situationen för kreativa AI. I det pågående målet *Getty images v Stability AI*²⁵⁷ kan framställning av tillfälliga kopior bli föremål för diskussion, vilket kan bringa viss klarhet i hur inskränkningen ska tolkas i framtiden på användningsområdet för AI.²⁵⁸

Avslutningsvis kan exemplarframställningen emellertid fortfarande vara tillåten enligt inskränkningarna för text- och datautvinning som återfinns i artikel 3 och artikel 4 i DSM-direktivet. Dessa kommer utförligt att redogöras för i kommande avsnitt.

5.4 Inskränkning för text- och datautvinning

5.4.1 Behovet av en ny inskränkning

I takt med en fortskridande teknisk utveckling inom artificiell intelligens vilken förutsätter stor tillgång till data, har det uppstått ett behov av utvidgade inskränkningar i upphovsrätten för att tillförsäkra tillgången av data och stimulera innovation i en digital miljö.²⁵⁹ Detta behov har utmynnat i EU:s nya direktiv om upphovsrätt på den digitala inre marknaden (DSM-direktivet), som antogs den 17 april 2019. Direktivet är ett komplement till bland annat Infosoc-direktivet.²⁶⁰ Syftet bakom införandet av inskränkningarna är att uppnå balans mellan upphovsmannens och användarens intressen och rättigheter, underlätta framväxten av den digitala inre marknaden och främja möjligheterna för forskning och innovation inom EU.²⁶¹ I beaktandesats 18 uppmärksammas vidare att direktivet bör föreskriva ”ett undantag eller en inskränkning för mångfaldigande och utvinning av verk och andra alster i text- och datautvinnings syfte och tillåta att

²⁵⁶ Se Janssens (2001) s. 87 f.

²⁵⁷ Se stämningsansökan nr. 1:23-cv-00135-UNA.

²⁵⁸ Se Malovic (2023) *Litigation commenced against the developers of AI image generation software*, IPKat, <<https://ipkitten.blogspot.com/2023/02/guest-post-litigation-commenced-against.html>> (besökt 2023-04-10).

²⁵⁹ Se beaktandesats 2 DSM-direktivet.

²⁶⁰ Se beaktandesats 4 DSM-direktivet.

²⁶¹ Se beaktandesats 2 och 6 i DSM-direktivet.

kopior bevaras så länge som krävs för text- och datautvinning”. Direktivet implementerades i svensk rätt i januari 2023.²⁶²

Text- och datautvinning kan beskrivas som en automatiserad teknik som används för att undersöka och analysera text och data i digital form.²⁶³ Med ”text och data” avses även till exempel ljud och bild. Detta innebär att stora mängder material behandlas och analyseras, bland annat för att få ny kunskap och upptäcka nya tendenser.²⁶⁴ Syftet med text och datautvinning är att generera information, mönster, trender och samband, men är inte begränsat till detta användningsområde.²⁶⁵ Med hänsyn till att samma algoritmer används vid TDM som för AI-program, torde bestämmelsen ha betydelse för användandet av befintligt skyddade verk som träningsdata genom AI-program.²⁶⁶

Tidigare har text- och datautvinning inte varit möjlig i samma utsträckning enligt upphovsrätten då det material som utvinns i vissa fall kan vara upphovsrättsligt skyddat och därmed kräver tillstånd av rättighetsinnehavaren, under förutsättning att inte inskränkningen för tillfälliga exemplarframställningar kan tillämpas.²⁶⁷ I svensk upphovsrättslig lagstiftning finns inskränkningar i ensamrätten för bland annat exemplarframställning för forskningsändamål avseende vissa arkiv och bibliotek enligt 16 §. Det har emellertid inte funnits någon allmän inskränkning beträffande text- och datautvinning i den utsträckning som direktivet nu föreskriver.²⁶⁸

De nya bestämmelserna innebär nya inskränkningar i ensamrätten till exemplarframställning, vilka får betydelse för den lagliga möjligheten till text- och datautvinning och användning av befintliga verk som träningsdata.²⁶⁹ Inskränkningarna ska även tillämpas på de närstående rättigheterna till upphovsrätten.²⁷⁰

Med hänsyn till att analysunderlaget för kommande avsnitt om text- och datautvinning främst återfinns i internationella källor utgår uppsatsen i det följande från såväl EU-rättslig lagtext som svensk lagtext, i vissa fall parallellt. Läsaren bör uppmärksammas på att 15 a-c §§ URL och artikel 3 och 4 i DSM-direktivet är nästintill snarlika samt att viktiga tolkningsregler återfinns i beaktandesatserna till

²⁶² Se prop. 2021/22:278.

²⁶³ Se artikel 2.2 DSM-direktivet.

²⁶⁴ Se beaktandesats 8 DSM-direktivet.

²⁶⁵ Se artikel 2.2 DSM-direktivet.

²⁶⁶ Se Quintais (2023) Generative AI, Copyright and the AI Act, Kluwer Copyright Blog.

²⁶⁷ Se Manteghi (2022) s. 651-663.

²⁶⁸ Se prop. 2021/22:278 s. 42.

²⁶⁹ Ibid. 45.

²⁷⁰ Ibid. s. 41 f.

DSM-direktivet. Av tydlighetsskäl utgår således detta kapitel i stora drag från internationell lagtext och praxis.²⁷¹

5.4.2 Allmänna förutsättningar

5.4.2.1 Text- och datautvinning för forskningsändamål

Artikel 3 har blivit implementerad i svensk rätt genom lag (2022:1712) och återfinns idag i 15 b-c §§ URL.²⁷²

Artikel 3.1 DSM-direktivet föreskriver en rätt för forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner att framställa exemplar av verk som de har laglig tillgång till, för att utföra text- och datautvinning för forskningsändamål. Inskränkningen gäller för de verk som kan vara upphovsrättsligt skyddade²⁷³, skyddade som databaser²⁷⁴, eller skyddade som en väsentlig del av en databas enligt sui generis-skyddet²⁷⁵. Undantaget omfattar emellertid inte datorprogram. Här bör nämnas att datorprogramdirektivet redan uppställer ett liknande undantag i artikel 5.3. Eftersom artikel 5.3 är av tvingande karaktär och inte kan avtalas bort, tillförsäkras rättighetsinnehavare av datorprogram ett snarlikt skydd.²⁷⁶

Med rekvisitet ”laglig tillgång” avses till exempel öppen data eller material som är publicerat och fritt tillgängligt online, eller till exempel prenumerationer och artiklar.²⁷⁷ Rekvisitet innebär indirekt en möjlighet för rättighetsinnehavarna att kontrollera hur deras verk kan komma att utnyttjas, till exempel genom att sätta upp en betalvägg som hindrar tillgång. Kravet på laglig tillgång innebär emellertid inte att rättighetsinnehavare kan förbehålla sig rätten till text och datautvinning genom kontrakt eller avtalsvillkor, vilket även föreskrivs i artikel 7 DSM-direktivet. Av detta följer att sådana avtalsvillkor som inskränker rätten till framställning av exemplar för text och datautvinning enligt artikel 3 DSM-direktivet är ogiltiga.²⁷⁸

Undantaget för forskningsändamål riktar sig till forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner.²⁷⁹ I art 2.1 definieras forskningsorganisationer som ”universitet med tillhörande bibliotek, forskningsinstitution eller annan enhet vars främsta mål är att bedriva vetenskaplig forskning”. Vidare ska den vetenskapliga

²⁷¹ Se avsnitt 1.3 om val av EU-rättslig metod.

²⁷² Se prop. 2021/22:278 s. 42.

²⁷³ Se artikel 2 Infosoc-direktivet.

²⁷⁴ Se artikel 5 a databasdirektivet.

²⁷⁵ Se artikel 7.1 databasdirektivet.

²⁷⁶ Se prop. 2021/22:278 s. 43; Ducato & Strowel (2021) s. 322-337.

²⁷⁷ Se beaktandesats 14 DSM-direktivet.

²⁷⁸ Se artikel 7.1 och beaktandesats 17 DSM-direktivet. Se även artikel 15 b § 3 st URL.

²⁷⁹ Se artikel 3 DSM-direktivet; jfr Manteghi (2022) s. 651-663.

forskningen vara i) på icke vinstgivande grund eller på så vis att all vinst återinvesteras i den vetenskapliga forskningen, eller ii) i enlighet med ett uppdrag i det allmännas intresse som har erkänts av en medlemsstat.²⁸⁰

I svensk rätt återfinns definitionen för forskningsorganisationer i 15 c § URL, vilken är snarlik direktivets bestämmelse.

Kommersiell verksamhet är i stor utsträckning exkluderad från artikel 3. Beaktandesats 11 indikerar emellertid att undantaget även gäller i de fall då forskningen sker genom offentlig-privata partnerskap som därmed kan ha vissa kommersiella inslag. Beaktandesats 11 beskriver att forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner ”bör även kunna förlita sig på sina privata partners när det gäller att utföra text- och datautvinning, också med hjälp av deras tekniska verktyg”. Detta gäller situationer när organisationer ingår samarbeten med ett kommersiellt företag.²⁸¹ Den kommersiella verksamheten får emellertid inte ha ett avgörande inflytande på forskningen.²⁸²

Vad som avses med ”vetenskaplig forskning” framgår inte uttryckligen av direktivet, men en ledning återfinns i beaktandesats 12 som föreskriver att det kan gälla både naturvetenskaplig och humanistisk forskning. Avseende vad som gäller för konstnärlig forskning har nationella förarbeten uttalat att metoder och hållningar i vetenskaplig och konstnärlig forskning kan överlappa. Därmed torde även konstnärlig forskning kunna omfattas av bestämmelsen, om den bedrivs på vetenskaplig grund.²⁸³ Rosati menar att rekvisitet för vetenskaplig forskning bör omfatta all verksamhet som syftar till att generera information som avslöjar ny kunskap eller insikter som kännetecknas av vetenskapliga metoder och principer.²⁸⁴

Vidare ska de exemplar som framställs för att utföra TDM lagras med lämplig säkerhetsnivå på ett sätt som förhindrar obehörig användning och får inte användas för andra ändamål. Därtill får de inte behållas längre än vad som är nödvändigt för ändamålet.²⁸⁵ Kopiaerna får sålunda behållas för forskningsändamål, inkluderat verifiering av forskningsresultat, men måste raderas när dem inte längre betraktas vara nödvändiga för forskningsändamålet.²⁸⁶

Rättighetsinnehavaren får därtill vidta proportionerliga åtgärder för att säkerställa att integriteten och säkerheten i nätverk och databaser som innehåller verk inte äventyras. Dessa åtgärder får sålunda inte gå utöver vad som är nödvändigt för att

²⁸⁰ Se artikel 2.1 och artikel 3 DSM-direktivet; jfr beaktandesats 11. Se även 15c § 2 st. URL.

²⁸¹ Se Ds 2021:30 s. 60; prop. 2021/22:278 s. 43; jfr beaktandesats 11 DSM-direktivet.

²⁸² Se beaktandesats 12 DSM-direktivet.

²⁸³ Se prop. 2012/13:30 s. 105; prop. 2021/22:278 s. 45.

²⁸⁴ Se Rosati (2021) s. 43.

²⁸⁵ Se artikel 3.2 DSM-direktivet. Se även 15 b § 1 st URL.

²⁸⁶ Se Ds 2021:30 s. 58, jfr artikel 3.2 DSM-direktivet.

uppnå målet.²⁸⁷ Några exempel på sådana åtgärder är IP-adressvalidering eller annan autentisering av användare eller integritetsskyddsmekanismer, till exempel vattenmärkning. Åtgärderna har ofta som syfte att säkerställa att enbart personer som har laglig tillgång till uppgifterna även kan få tillgång till dem.²⁸⁸

EU-lagstiftaren har avslutningsvis bedömt att den potentiella skada som vållas rättighetsinnehavare till följd av inskränkningarna torde vara minimal. Av denna anledning bör medlemsstaterna inte föreskriva regler om kompensation till de rättighetsinnehavare vars verk eller alster utnyttjas.²⁸⁹

5.4.2.2 Allmänna text- och datautvinningsändamål

Artikel 4.1 i DSM-direktivet introducerar en inskränkning som tillåter exemplarframställning av lagligt tillgängliga verk för allmänna text-och datautvinningsändamål, om utvinningen faller under definitionen för TDM i artikel 2.2 DSM-direktivet. I enlighet med artikel 4.2 får de framställda exemplaren behållas så länge det betraktas vara nödvändigt för ändamålet. Även artikel 4 har blivit implementerad i svensk rätt genom lag (2022:1712) och återfinns idag i 15 a § URL.

Artikel 4 omfattar, till skillnad från artikel 3, en bredare målgrupp och ska gälla för var och en, såväl privatpersoner som företag, organisationer och myndigheter.²⁹⁰ Allmänna text- och datautvinningsändamål inkluderar även datautvinning för kommersiella ändamål. En anledning till denna utvidgning beror på att ett flertal organisationer som i grunden bedriver forskning även har en kommersiell sida eller samarbetar med aktörer inom den privata sektorn. Att begränsa inskränningen av text- och datautvinning till att enbart gälla för icke vinstgivande syften skulle följaktligen ge upphov till komplexa tolkningsfrågor och ha ett alltför snävt omfång.²⁹¹

Inskränkningen gäller för upphovsrättsskyddet, databasskyddet och även skyddet för datorprogram.²⁹² Inskränkningen gäller emellertid inte om upphovsmannen på ett lämpligt sätt har förbehållit sig användningen (s.k opt-out-möjlighet).²⁹³ Detta förbehåll syftar till att balansera rättighetsinnehavarens och användarens intressen, vilket ger uttryck för att direktivet strävar efter att överensstämja med trestegsregeln.²⁹⁴

²⁸⁷ Se artikel 3.3 DSM-direktivet; jfr beaktandesats 16 DSM-direktivet. Se även 15 b § 2 st URL.

²⁸⁸ Se beaktandesats 16 DSM-direktivet.

²⁸⁹ Se beaktandesats 17 DSM-direktivet.

²⁹⁰ Se prop. 2021/22:278 s. 43.

²⁹¹ Se beaktandesats 11 DSM-direktivet.

²⁹² Se artikel 4.1 DSM-direktivet.

²⁹³ Se artikel 4.3 DSM-direktivet. Se även artikel 15 a § 3 st URL.

²⁹⁴ Se beaktandesats 6 DSM-direktivet.

Vad som avses som ”lämpligt sätt” är inte uttryckligt definierat, men enligt beaktandesats 18 bör det anses lämpligt att förbehålla sig rätten att göra mångfaldigande och utvinning för text-och datautvinningsändamål genom maskinläsbara metoder, inbegripet tekniska skyddsåtgärder (s.k. TPMs) som till exempel metadata eller villkor för en webbplats eller tjänst. Andra lämpliga sätt att förbehålla sig användande är genom avtal eller ensidiga förklaringar.

Inskränkningen ska emellertid inte påverka artikel 3 eller inskränkningen för tillfällig exemplarframställning som återfinns i art 5.1 Infosoc-direktivet och 11 a § URL.²⁹⁵ Här bör understrykas att rättighetsinnehavare *endast* har rätt att förbehålla sig användningen om det görs på ett lämpligt sätt.²⁹⁶ Konsekvenserna av att inte på ett lämpligt sätt motsätta sig användning, till exempel på något annat sätt än tekniska skyddsåtgärder, avtal eller ensidiga förklaringar, är inte uttalade i direktivet. Rosati menar att resultatet torde bli att åtgärden inte kan verkställas.²⁹⁷

Inskränkningarna är vidare begränsade till att gälla rätten till exemplarframställning. De ger således ingen rätt att tillgängliggöra de framställda exemplaren för allmänheten.²⁹⁸

För att utföra TDM för generella ändamål, i detta fall för att träna kreativa AI-system, måste följande två kriterier beaktas:

- i) personen måste ha laglig tillgång till materialet som ska framställas, och
- ii) rättighetsinnehavaren har inte på lämpligt sätt förbehållit sig användningen.

En avslutande anmärkning är att TDM fortfarande kan utgöras på fakta eller data som inte är upphovsrättsligt skyddade eller skyddade som en närstående rättighet, eftersom det i dessa fall inte förutsätts tillstånd. Detta gäller även i de fall TDM inte inbegriper mångfaldigande eller om mångfaldigandet omfattas av andra tvingande undantag eller inskränkningar, vilka inte kan åsidosättas genom avtalsvillkor.²⁹⁹

5.4.3 En granskning av användningen av text- och datautvinning för kreativ artificiell intelligens

5.4.3.2 Artikel 3 DSM-direktivet

Inledningsvis kan det konstateras att användningen av skyddat material för att träna AI-system i syfte att därefter generera nya alster inte torde omfattas av några andra

²⁹⁵ Se beaktandesats 18 DSM-direktivet. För vidare läsning se Ducato & Strowel (2021) s. 322-337.

²⁹⁶ Se mål C-392/19 VG Bild-Kunst.

²⁹⁷ Se Rosati (2021) s. 90.

²⁹⁸ Se Ds 2021:30 s. 62.

²⁹⁹ Se beaktandesats 9 DSM-direktivet.

upphovsrättsliga undantag eller inskränkningar. Frågan blir således om någon av inskränkningarna i artikel 3 eller 4 kan gälla för detta ändamål.

Artikel 3 omfattar inte text-och datautvinning för kommersiella ändamål. Frågan är således om AI-system som genererar nya alster kan bedrivas i icke-vinstgivande syfte och därmed omfattas av undantaget. Det framgår inte uttryckligen av direktivet om forskning inom teknik kan falla inom definitionen för vetenskaplig forskning, vilket kan få betydelse för utvecklingen av kreativa AI-system som producerar nya alster. En allmän utgångspunkt kan emellertid vara att AI som uteslutande används för forskning, utan bakomliggande kommersiella syften, torde omfattas av artikel 3.³⁰⁰ Det betraktas därmed som möjligt att AI-forskning som bygger på analyser av datautvinning kan utföras av icke-vinstdrivande forskningsorganisationer.

Forskningens slutresultat kan emellertid komma att exploateras för kommersiella ändamål av en privat samarbetspartner. Detta kan leda till tolkningsfrågor avseende hur rekvisitet ”utan vinstsyfte” ska förstås. En mer flexibel tolkning av rekvisitet kan möjliggöra att utvecklare av AI-system, vars huvudsakliga och preliminära mål med datautvinningen saknar vinstsyfte, omfattas av artikel 3. De eventuella kommersiella effekterna av outputen kan i dessa fall betraktas som subsidiära (de minimis) i förhållande till det ursprungliga syftet eller tolkas med ledning av beaktandesats 11 i DSM-direktivet, som tillåter offentlig-privata partnerskap. Här är det emellertid värt att nämna att det oftast är kommersiella privata aktörer som har en stor roll i utvecklingen av AI.³⁰¹

Vidare bör rekvisitet ”laglig tillgång” uppmärksammas, eftersom förhållandet mellan text- och datautvinning och laglig tillgång till material är en avgörande faktor för innovation av AI-system. Detta gäller särskilt för sådana system som baseras på maskininlärning för att träna algoritmer att skapa en önskvärd output. Material som är tillgängligt genom CC licenser kan inkluderas här, men det bör noteras att vissa licenser följer med villkoret att materialet som används inte får bearbetas. Vad gäller kommersiell användning av TDM för att träna AI-system kommer inmatningsdatan att vara bearbetad och förändrad vid outputen, vilket inte uppfyller villkoret att materialet ska vara i icke-bearbetad form. Om materialet vid inputen är ofullständigt kommer detta således påverka kvaliteten på outputen.

Det finns knapphändig vägledning i förarbeten och praxis avseende hur TDM-inskränkningarna ska tolkas, varvid den etablerade trestegsregeln kan utgöra ett tolkningsverktyg.³⁰² Med hänsyn till att upphovsrättens inskränkningar ska tillämpas restriktivt och inte oskäligt inkräkta på upphovsmännens legitima

³⁰⁰ Se Ducato & Strowel (2021) s. 322-337.

³⁰¹ Jfr ibid.

³⁰² Se artikel 5.5 Infosoc-direktivet.

intressen, torde ett utnyttjande av träningsdata för att producera nya alster med ett bakomliggande vinstsyfte därmed exkluderas från omfånget av artikel 3.³⁰³

5.4.3.3 Artikel 4 DSM-direktivet

Artikel 4 gäller för alla aktörer på marknaden, såväl privatpersoner som företag. De privata företag eller startup-företag som bedriver forskning gällande AI-systemens utveckling, men inte kvalificeras som forskningsinstitution eller kulturarvsinstitution enligt artikel 3 kan således omfattas av artikel 4. Inskränkningen i artikel 4 öppnar för möjligheten att använda TDM för kommersiella ändamål, vilket omfattar användning av skyddade verk som träningsdata vid inlärningsprocessen för kreativ AI.³⁰⁴ TDM är emellertid bara tillåtet i de fall rättighetsinnehavare inte motsätter sig sådan användning, vilket starkt kan begränsa dess praktiska effekt.

Sammanfattningsvis tillåter artikel 4 att upphovsrättsligt skyddade verk används som träningsdata för att producera nya alster genom kreativ AI. Med hänsyn till rättsområdets nya status inom lagstiftningen har det ännu inte hunnit bli föremål för domstolsprövning och det finns ingen praxis på hur tolkningen av rekvisiten kommer att se ut i praktiken utöver den etablerade trestegsmetoden. DSM-direktivet syftar till att uppnå en balans mellan upphovsmannens och samhällets intressen och rättigheter. Vad gäller rättighetsinnehavarens möjlighet att förbehålla sig användande av TDM kan det emellertid ifrågasättas hur tillämpningen av artikel 4 i praktiken kommer att underlätta framväxten av den digitala inre marknaden och främja möjligheterna för forskning och innovation inom EU på grund av dess begränsade karaktär.³⁰⁵ Företag och andra organisationer som är verksamma inom AI-området har till exempel kritiserat utformningen av artikel 4 för att vara alldeles för restriktiv och potentiellt bidra till en konkurrensnackdel för EU i förhållande till andra länders lagstiftning om TDM.³⁰⁶

5.4.3.4 Något om text- och datautvinning på marknaden

I ljuset av de senaste årens utveckling inom fältet för artificiell intelligens, är text och datautvinning en grundpelare för den framtida AI-utvecklingen och nya tjänster för information.³⁰⁷ För att denna process inte ska avstanna kan det krävas en bredare tillgång till databaser och upphovsrättsskyddat material. Det är vidare möjligt att privata företag eller startup-företag som bedriver forskning gällande AI-systemens utveckling inte omfattas av artikel 3. Dessa får därmed förlita sig på artikel 4, varvid rättighetsinnehavaren alltid kan motsätta sig

³⁰³ Se Quintais (2020) s. 28.

³⁰⁴ Se beaktandesats 18 DSM-direktivet.

³⁰⁵ Jfr Rosati (2019) s. 5 ff.

³⁰⁶ Se Westman (2019) s. 144.

³⁰⁷ Jfr Ducato & Strowel (2018) s. 5.

informationsutvinning. Följaktligen menar Manteghi att utrymmet för privata aktörer blir tämligen begränsat och det kan framhållas att offentliga forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner har större förutsättningar att utföra text och datautvinning. Denna omständighet kan bidra till att konkurrensen på marknaden riskerar att bli snedvriden.³⁰⁸

Att ge rättighetsinnehavarna för mycket kontroll motverkar möjligheten för användarna att få tillgång till och dela materialet. I praktiken innebär detta att det kan bli alldeles för tidskrävande och kostsamt för mindre företag att förhandla med alla rättighetsinnehavare vars material har utnyttjats, vilket leder till att enbart mer etablerade företag eller internetjättar kan dra nytta av inskränkningarna för TDM.³⁰⁹ Därtill kan det argumenteras för att TDM-inskränkningarna främjar utvecklingen av partiska och ensidiga AI-system, eftersom säkerhetsåtgärder såsom betalväggar och avtalsvillkor kan försvåra tillgången på träningsdata. Följaktligen kan det bli mer ekonomiskt fördelaktigt för aktörer att enbart träna sina AI-system på sådan data som är fritt tillgänglig online, vilken kan vara såväl felaktig som utdaterad.³¹⁰

Det kan konstateras att inskränkningarna för TDM uppmärksammar vikten av datautvinning för forskning och teknik, men att artikel 4 ger begränsade möjligheter till AI-forskning för kommersiella ändamål. Hugenholtz har kritiserat artikel 4 för att ge upphov till en avvisande och begränsad marknad för TDM, i vilken rättighetsinnehavare fritt kan kontrollera, licensiera eller helt förbjuda användning av TDM.³¹¹ Att utvecklingen av kreativa AI-system inom EU enbart ska vila på artikel 4 och eventuellt inskränningen för tillfällig exemplarframställning, som inte torde vara tillämplig i de fall AI-system används för att producera nya konstnärliga och litterära alster, torde enligt Hugenholtz inte överensstämma med det ursprungliga syftet bakom införandet av DSM-direktivet.³¹² Hugenholtz har vidare argumenterat för att definitionen av TDM, vilken återfinns artikel i 2.2 och beaktandesats 8 i DSM-direktivet, är för generell och oprecis. Detta kan resultera i att alla former av moderna datordrivna analysverktyg, som bygger på träningsdata, riskerar att omfattas av artikel 3 och 4.³¹³

³⁰⁸ Se Manteghi (2022) s. 651 ff.

³⁰⁹ Se Gatti (2021) s. 766 ff.

³¹⁰ Jfr Margoni & Kretschmer (2022) s. 686 ff.

³¹¹ Se Hugenholtz (2019) The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4), Kluwer Copyright Blog, <<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>> (besökt 2023-05-02).

³¹² Se Hugenholtz (2019) The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4), Kluwer Copyright Blog, <<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>> (besökt 2023-05-02). Jfr även Margoni & Kretschmer (2022) s. 686.

³¹³ Se Hugenholtz (2019) The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4), Kluwer Copyright Blog, <<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright->

Artikel 3 är av tvingande karaktär. Upphovsmannen har emellertid en rätt att vidta lämpliga säkerhetsåtgärder, till exempel tekniska skyddsåtgärder. Av denna anledning föreskriver lagstiftaren att artikel 6.4 första, tredje och femte styckena i Infosoc-direktivet, som reglerar skydd för tekniska åtgärder, tillämpas på bland annat artikel 3 och 4 och i DSM-direktivet.³¹⁴ Detta innebär i egentlig mening att om det finns en teknisk skyddsåtgärd som hindrar att en användare som har laglig tillgång till ett visst material, har medlemsstater en skyldighet att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att rättighetsinnehavaren gör det möjligt för användaren att agera på basis av inskränkningen för text- och datautvinning i artikel 3.³¹⁵

Margoni och Kretschmer konstaterade 2018 att *The UK Intellectual Property Office* (UKIPO) har fått mindre än en handfull förfrågningar om fall beträffande tekniska skyddsåtgärder under de nästan 20 åren som Infosoc-direktivet har varit i bruk.³¹⁶ I förarbeten till den svenska implementeringen av inskränkningarna framhöll bland annat Svenska föreningen för immaterialrätt (SFIR) att skyddsåtgärderna i praktiken inte får hindra tillämpningen av inskränkningarna för TDM.³¹⁷

Därtill kan gränsdragningen mellan kommersiell och icke-kommersiell verksamhet vara en svår avvägning. Att uppställa olika regler för dessa verksamheter kan vidare underminera Europeiska Kommissionens mål; att främja innovation inom forskningen för både icke-kommersiella och kommersiella syften.³¹⁸

Det går att urskilja en ökad trend att onlineplattformar börjar förbjuda all form av TDM i sina användarvillkor.³¹⁹ Rosati har uttalat att eftersom inskränkningarna i artikel 3 och 4 är relativt begränsade, kan det få en negativ inverkan på utvecklingen av AI-system. I denna kontext menar Rosati att artikel 4 i praktiken begränsas avseende möjligheten att extrahera information som är tillgänglig på internet och att artikel 3 är för snäv i sitt omfång.³²⁰

Vidare gäller olika regler i olika territorier. Användningen av inmatningsdata för att träna AI-system kan till exempel i större utsträckning rättfärdigas av *the fair use doctrine* i USA³²¹. Undantaget för ”fair use” anses vara nödvändigt för att uppnå det grundlagsstadgade syftet med upphovsrätten; att främja lärande, kunskap och

[directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>](#) (besökt 2023-05-02); Jfr Margoni & Kretschmer (2022) s. 686.

³¹⁴ Se artikel 7.2 DSM-direktivet.

³¹⁵ Jfr artikel 6.4 Infosoc; Se även beaktandesats 7 DSM-direktivet.

³¹⁶ Se Margoni and Kretschmer (2018).

³¹⁷ Se prop. 2021/22:278 s. 41.

³¹⁸ Se COM/2015/0192 final p. 7.

³¹⁹ Se Ducato & Strowel (2018).

³²⁰ Se Rosati (2018) s. 429.

³²¹ Se § 107 the Copyright Act of 1976; Se även Rosati (2019) s. 200 ff.

framsteg inom vetenskapen.³²² Ett motsvarande förhållningssätt återfinns emellertid inte i EU-rätten. DSM-direktivet uppkom som en möjlig lösning på detta, men begränsas på grund av förbehållet i artikel 4 som ger rättighetsinnehavaren en möjlighet att motsätta sig användning av TDM för kommersiella ändamål. Detta ger AI-forskare, journalister och kommersiella forskningsinstitut i EU en stor konkurrensnackdel på marknaden i jämförelse med aktörer i till exempel USA, Kanada, Singapore och Japan som bedömer TDM för kommersiella ändamål som ”fair use”. Därtill kan det troligtvis resultera i orimligt höga kostnader att förhandla med alla rättighetsinnehavare vars verk avses användas vid inputen.³²³

Vid medlemsstaternas implementering av DSM-direktivet fanns det emellertid en viss möjlighet att utvidga TDM-inskränkningarna, vilket har lett till att de nationella regleringarna av TDM i viss mån skiljer sig åt. Vidare har Storbritannien föreslagit en ny utvidgad inskränkning av TDM i nationell lagstiftning. Den nya inskränningen syftar till att utvidga omfånget av artikel 3 till att även gälla TDM för kommersiella ändamål. I förslaget framhålls att upphovsmannen fortfarande ska ha möjlighet att vidta lämpliga säkerhetsåtgärder, men får inte förbehålla sig användning genom till exempel avtalsvillkor. Utvidgningen ska fortfarande endast gälla för verk som användaren har laglig tillgång till.³²⁴ I skrivande stund ser UKIPO över förslaget, som blivit kritiserat för att inte vara tillräckligt balanserat gentemot rättighetsinnehavarnas intressen av ensamrätt och kontroll över sina alster.³²⁵

Det återstår att se om fler medlemsstater kommer att följa Storbritanniens initiativ till en utvidgning av artikel 3 och hur upphovsmännens intressen i dessa fall kommer att tillgodoses enligt trestegsregeln.

³²² Se artikel 1, Section 8 i The Constitution of the United States of America

³²³ Jfr Flynn m.fl., s. 393–398.

³²⁴ Se Government UK (2022) Policy paper: Establishing a pro-innovation approach to regulating AI, <<https://www.gov.uk/government/publications/establishing-a-pro-innovation-approach-to-regulating-ai/establishing-a-pro-innovation-approach-to-regulating-ai-policy-statement#putting-our-approach-into-practice>> (besökt 2023-05-15).

³²⁵ Se Dickens (2023) UK re-considers proposed exception for text and data mining, Allen & Overy, <<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/blogs/digital-hub/uk-re-considers-proposed-exception-for-text-and-data-mining>> (besökt 2023-05-15).

6 Avslutande analys och slutsatser

6.1 Allmänna reflektioner

Att främja innovation och den tekniska utvecklingen är en grundpelare i upphovsrättens många revideringar. De upphovsrättsliga utmaningar som hänför sig till kreativ AI bygger mycket på hur befintligt skyddade verk får användas under det tidigare skedet av AI-systemens skapandeprocess, vilket är en fråga som under lång tid har blivit mer eller mindre negligerad. Det som kan sägas ha tagit över debatten är huruvida AI kan skyddas av upphovsrätten, med särskilt fokus på originalitetskriteriet och kravet på mänskligt skapande. och vem som i dessa fall är att betrakta som upphovsman. Om AI-system orsakar intrång redan genom att "läsa" av material vid inmatningen och under inlärningsprocessen, har vi ett större problem som behöver lösas innan ett eventuellt upphovsmannaskap till AI-alster kan diskuteras.

Av vad som framkommit i utredningen kan det konstateras att mycket av den nuvarande och framtida utvecklingen inom AI beror på hur regelverket för TDM ser ut. Artikel 3 är mer fördelaktig på grund av dess tvingande karaktär, det vill säga att den inte kan avtalas bort. Läsaren bör dock uppmärksammas på att även om artikel 3 är av tvingande karaktär, kan rekvisitet "lämplig säkerhetsnivå" vara en möjlig väg.

En generell utgångspunkt är att DSM-direktivet kan anses vara passande för användande av material i en digital miljö, men inte för den fjärde industriella revolutionen där kreativ AI har en central roll. Detta beror särskilt på att termerna maskininlärning och AI uttryckligen saknas i lagtexten. Beaktandesats 18 ger enbart indikation på att sådant användande anses omfattas. Många av de vetenskapliga artiklar som använts i framställningen ger emellertid stöd för att definitionen av text- och datautvinning torde inbegripa träning av algoritmer och AI-program.

Inskränkningarna i artikel 3 och 4 leder till ett flertal problem. Dels kan det bli tidskrävande och kostsamt att utreda vilket material som *de facto* får utvinnas för text- och datautvinningsändamål och förhandla med rättighetsinnehavare om tillstånd, särskilt eftersom det har blivit alltmer vanligt med förbehåll från TDM genom avtal. Här ska även företagens position på marknaden uppmärksammas, eftersom stora företag och internetjättar har större möjligheter att förhandla.

I brist på tillämpliga undantag måste tillstånd från samtliga upphovsrättsinnehavare, vars verk avses användas som träningsdata under inlärningsprocessen, inhämtas. Här bör noteras att vid inputen för kreativa AI-system hämtas stora mängder data, närmare bestämt tusen- eller miljontals. Utöver det faktum att det är fysiskt omöjligt att förhandla om tillstånd med så många rättighetsinnehavare, blir det också en fråga om hur upphovsmännen ska kompenseras ekonomiskt.

Det kan konstateras att det finns en kausal koppling mellan de två stadierna i den tekniska processen; input och output. Vad som kan anses få betydelse för intrångsbedömningen är bland annat:

- i) vilken typ av material som används,
- ii) mängden av material som utvinns,
- iii) hur de befintliga verk som använts som träningsdata kommer återspeglas vid outputen
- iv) om outputen avses användas för kommersiella syften.

När det gäller AI-system som vid outputen använder sig av text-till-bild-generering kan systemet tränas på olika sätt, vilket får betydelse för huruvida det nya genererade alstret utgör en bearbetning av ett ursprungsverk eller åtnjuter upphovsrätt som ett nytt och självständigt verk. Här finns det två sidor av myntet. Den första sidan är i de fall ett AI-system blir inmatat med 100 bilder av en specifik konstnär och har som syfte att efterlikna vederbörandes konstnärliga stil, med andra ord att det genererade alstret de facto kan misstas för att vara ett verk skapat av den ursprungliga konstnären. Här är det stor risk att personen bakom AI-systemet gör sig skyldig till ett upphovsrättsligt intrång i den ursprungliga konstnärens förfoganderätt. Det nya producerade alstret kommer automatiskt att konkurrera med konstnären på marknaden.

Den andra sidan av myntet är i de fall systemet inhämtar miljontals bilder i egenskap av träningsdata för att generera en ny bild. Här är det osannolikt att detta utgör ett upphovsrättsintrång och slutresultatet riskerar inte heller att konkurrera med de ursprungliga upphovsmännen på marknaden. Detta förutsätter att rättighetsinnehavarna inte har förbehållit sig rätten till användning enligt artikel 4 DSM-direktivet. Eftersom materialet omvandlas under processen är det möjligt att det nya alstret klassificeras som ett nytt och självständigt verk och inte som en bearbetning av ett befintligt skyddat verk enligt 1 § och 4 §. Likhetsbedömningen ska emellertid göras i varje enskilt fall, och det är av vikt att uppmärksamma att även en liten del av ett befintligt verk kan vara upphovsrättsligt skyddad, till exempel 11 ord i en artikel.

6.2 Framtidsutsikter

Av vad som framkommit i utredningen utgör de nya obligatoriska TDM-undantagen ett betydande steg för regleringen av text-och datautvinning inom EU, men frågan om huruvida materialet som inhämtas får användas för att träna kreativa AI-system vid inputen lämnas i viss mån obesvarad. Lagändringen är således otillräcklig för att på ett adekvat sätt beskriva användningen av TDM i samband med utvecklingen av AI-teknik. Hur domstolen väljer att bedöma ett mål kommer troligtvis utgöra vägledning för hur liknande situationer i framtiden ska tolkas.

I uppsatsen lyftes Hugenholtz argument angående riskerna med en allt för öppen definition av TDM. Genom att slå ihop definitionen i art 2.2 och beaktandesats 8 i DSM-direktivet bör TDM kunna förstås som alla automatiserade analystekniker som syftar till att analysera text och data, inklusive till exempel bild och ljud, för att generera information, mönster, trender och korrelationer, men även kunna användas för andra ändamål. Detta leder till att artikel 3 och 4, som blivit tämligen kritiserade, ensamma reglerar alla former av AI och maskininläringssystem som bygger på användning av träningsdata, även sådana som inte avses att exploateras. Denna omständighet går inte bara emot motiven bakom införandet av direktivet; att skapa en harmoniserad rättslig ram som bidrar till att främja innovation, kreativitet och investeringar, utan är också en omständighet som starkt torde tala för en utvidgning, eller i varje fall förtydligande, för att uppnå en viss förutsebarhet på den digitala inre marknaden. En revidering av nationell lagstiftning eller en ny EU-rättslig reglering som särskilt reglerar situationen för TDM och AI torde vara att föredra som ett nödvändigt led för att främja innovation och teknisk utveckling.

En gemensam faktor vid såväl införandet av Infosoc-direktivet som DSM-direktivet har varit att anpassa upphovsrätten efter teknikens fortskridande utveckling. År 2023, fyra år efter att DSM-direktivet introducerades, kan det konstateras att upphovsrätten återigen behöver anpassas till nya skapandesätt och tekniska lösningar för att hänga med i den genomslagskraft som AI alltmer får i dagens samhälle, bland annat genom det nya populära AI-verktyget ChatGPT. Det är ovisst hur teknologin och AI kommer utvecklas inom de närmaste åren och rättsläget inom upphovsrätten är fortfarande oklart i den digitala miljön. Detta vittnar om en utvidgning av inskränkningar, utan att upphovsrätten urholkas. Omständigheterna utgör en svår balansgång mellan upphovsmännens respektive samhällets intressen och det kan ifrågasättas huruvida utvidgade inskränkningar i realiteten är rätt väg att gå. Detta leder till vidare intressanta frågor om huruvida fokus i stället bör ligga på åtgärder som främjar och utvidgar mängden tillgängligt material för AI-system. I vilken mån kan upphovsmannen i sådana fall skyddas?

Här kan det även uppstå en risk för informationsmonopol, vilket kan motverka allmänintresset.

Vidare kan olika internationella regelverk, om huruvida text- och datautvinning av befintligt skyddade verk får användas som träningsdata för att generera nya alster, leda till att förfogandet tillåts i vissa jurisdiktioner men klassificeras som otillåtet i andra. Storbritanniens föreslagna utvidgning av inskränkningarna för TDM kan vara en möjlig början till att möta ”fair use” undantaget i USA, men utvidgningen är förenad med potentiellt sett stora risker för att upphovsmännens intressen och exklusiva förfoganderätt kommer inskränkas. Något som emellertid bör noteras är att förslaget fortfarande ger upphovsmännen en rätt att vidta lämpliga säkerhetsåtgärder, till exempel genom att sätta upp en betalvägg för att hindra tillgång till material på deras hemsida.

Det kan diskuteras huruvida säkerhetsåtgärder är att anse som tillräckliga för att tillgodose upphovsmännens intressen, på samma gång som det främjar innovation och teknisk utveckling. Betalväggar ger kompensation till rättighetsinnehavarna, men kompensationssystemet bör i största möjliga utsträckning undvikas eftersom det riskerar att äventyra meningen bakom hela inskränkningen, särskilt med hänsyn till det redan lagstadgade förbehållet i artikel 4.

6.3 Avslutande slutsatser

Genom att systematiskt redogöra för upphovsrättens regelverk och några upphovsrättsliga utmaningar som uppstår vid AI-systemens input har denna utredning inledningsvis syftat till att besvara huruvida användningen av skyddade verk som träningsdata för att skapa nya alster genom kreativa AI-system utgör ett upphovsrättsligt intrång och under vilka förutsättningar ett sådant förfogande kan vara tillåtet.

I framställningen har det inledningsvis konstaterats att de digitala kopior som skapas under inlärningsprocessen är att betrakta som en exemplarframställning. Inskränkningen för tillfällig exemplarframställning torde inte vara tillämplig för sådana digitala kopior som uppstår under inlärningsprocessen för kreativa AI-system. Detta leder till att de digitala kopiorna under inlärningsprocessen utgör en otillåten exemplarframställning och därmed ett intrång i upphovsmännens förfoganderätt enligt 2 § 1 stycket URL, om inte tillstånd har givits av upphovsmannen eller om inskränkningarna för text- och datautvinning kan tillämpas.

Nästa fråga blir huruvida inskränkningarna för text- och datautvinning i DSM-direktivet för första gången kan vara ett tillfredsställande svar på hur användandet

av befintligt skyddade verk som träningsdata för kreativ AI ska tolkas och regleras. Det kan direkt konstateras att den relevanta artikeln som omfattar användande av TDM för att träna kreativa AI-system är artikel 4 i DSM-direktivet. Artikel 4 gäller för kommersiella ändamål och kan omfatta sådant användande, men dess praktiska effekt blir starkt begränsad av att rättighetsinnehavare har möjlighet att förbehålla sig användandet. Det kan således konstateras att rättsläget är fortsatt oklart på grund av bristande rättsligt underlag och knapphändig praxis som beskriver dessa situationer.

Bedömningen får utgå från den etablerade trestegsregeln i artikel 5.5 Infosoc-direktivet. Enligt praxis ska inskränkningar tolkas restriktivt och får inte oskäligt inskränka rättighetsinnehavarens legitima intressen. Det har konstaterats att det är en svår balansgång mellan å ena sidan främjandet av innovation och samhällets intressen och å andra sidan upphovsmännens legitima intressen. Inskränkningarna för TDM kan för närvarande inte anses utgöra ett effektivt verktyg för att främja innovation avseende forskning inom AI på grund av förbehållet i artikel 4. DSM-direktivet ger således inget tillfredsställande svar beträffande hur befintligt skyddat material får användas som träningsdata för att producera nya alster genom AI. Det finns således inte tillräcklig ledning i en värld där tekniken utvecklas i rasande takt.

Som en avslutande kommentar kan emellertid sägas att artikel 4 *de facto* ger aktörer rätten att använda befintligt skyddade verk som träningsdata för AI-system, under förutsättning att rättighetsinnehavare inte förbehållit sig sådan användande. DSM-direktivet är sålunda ett betydande steg i rätt riktning mot en rättslig reglering för AI inom EU.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Propositioner:

Prop. 1960:17

Prop. 1988/89:85

Prop. 1996/97:111

Prop. 1999/00:35

Prop. 2004/05:110

Prop. 2021/22:278

Utredningsbetänkanden:

SOU 1956:25

SOU 1985:51

Kommittédirektiv:

Dir. 2022:125

Remiss:

Ds 2021:30

Ds 2003:35

Övrigt:

Näringslivets regelnämnd Dnr 2021/078

Regeringskansliet Faktapromemoria 2020/21:FPM109

Europeiska unionen

Europaparlamentets resolution (2015/2103(INL)) av den 16 februari 2017 med rekommendationer till kommissionen om civilrättsliga bestämmelser om robotteknik

Kommissionens meddelande (COM/2015/0192 final): En strategi för en inre digital marknad i Europa

Litteratur och juridiska tidskrifter

Axhamn, Johan, *Copyright and Artificial Intelligence - with a focus on the area of music*. In M. Rosenmeier, T. Riis, J. Schovsbo, & H. Udsen (Eds.), Festskrift til Jørgen Blomqvist 1 ed., Vol. 1, pp. 33-86, Ex Tuto Publishing, 2021.

Axhamn, Johan, *Databasrättens föremål i ljuset av nya förhandsavgöranden*, NIR 2009 s. 144-168.

Axhamn Johan, *Databasskydd*, Stockholms universitet, Stockholm, 2017.

Axhamn, Johan, *Direktivkonform tolkning av 49 § upphovsrättslagen i ljuset av databasdirektivet. En kommentar och analys av NJA 2005 s. 924*, NIR 2006 s. 280.

Axhamn, J, *Tillfälliga framställningar av exemplar och rättsligt skydd för åtkomstspärrar i digital miljö*. In T. Madell, P. Bergling, Ö. Edström, & J. Rosén (Eds.), *Utblick och inblick: Vänbok till Claes Sandgren* (pp. 11-24). Iustus förlag, 2011.

Bernitz, Ulf, Nordell, Per Jonas, Rosén Jan och Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Uppl. 15, Jure 2020.

Burrow, Sheona, *The law of data scraping: A review of UK law on text and data mining*, CREATE working paper 2021/2, University of Glasgow, 2021. Tillgänglig här: <https://doi.org/10.5281/zenodo.4635759>.

Ducato, Rossana, Strowel, Alain, *Ensuring Text and Data Mining: Remaining issues with the EU copyright exceptions and possible ways out*, E.I.P.R., Vol. 43(5), 2021, s. 322-337.

Ducato, Rossana, Strowel, Alain, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to Machine Legibility* (Oktober 31, 2018). CRIDES Working Paper Series, 2018. Tillgänglig här: <https://ssrn.com/abstract=3278901>.

European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology, Hartmann, C., Allan, J., Hugenholtz, P.m.fl., *Trends and developments in artificial intelligence – Challenges to the intellectual property rights framework : final report*, Publications Office, 2020. Tillgänglig här: <https://data.europa.eu/doi/10.2759/683128>.

Fjeld, Kortz, *A Legal Anatomy of AI-generated Art: Part I*, *Harvard Journal of Law & Technology*, 21 November 2017. Tillgänglig här: <https://jolt.law.harvard.edu/digest/a-legal-anatomy-of-ai-generated-art-part-i>.

Flynn, Sean, Geiger, Christopher, Quintais, João Pedro, Margoni, Thomas, Sag, Matthew, Guibault, Carroll, Michael, *Implementing user rights for research in the field of artificial intelligence: a call for international action*, *E.I.P.R.* Vol. 42(7), 2020, s. 393–398.

Foong, Cheryl, *Immaterial copying in the age of access*, *E.I.P.R.*, Vol. 44(9), 2022, 513-533.

Gatti, Luisa, *The European solution for text and data mining: a focus on the opt-out system provided by article 4 of the DSM-Directive*, *E.I.P.R.*, Vol. 43(12), 2021 s. 765-770.

Geiger C., Frosio G., Bulayenko O., *The EU Commission's Proposal to Reform Copyright Limitations: A Good but Far Too Timid Step in the Right Direction*, *European Intellectual Property Review*, Vol. 40, 2018. Tillgänglig här: <https://ssrn.com/abstract=3260045>.

Gervais, Daniel J., *AI Derivatives: The Application to the Derivative Work Right to Literary and Artistic Productions of AI Machines*, Vol. 53 *Seton Hall Law Review*, 2022, Tillgänglig här: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/faculty-publications/1263>.

Hugenholtz, Bernt, *Caching and copyright: the right of temporary copying*, *E.I.P.R.*, Vol. 11, 2000, s. 482-493.

Janssens M-C., *The Notion of the Work and its place in the massive flow of information*, *NIR* 2001 s. 87-108 ff.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*. SvJT, 2004.

Karnell, Gunnar, *49 § URL – en EG-rättsvidrig skvader?*, *NIR* 1999 s. 53.

- Karnell, Gunnar, *En upphovsrättslig domvilla*, NIR 1990 s. 594.
- Kleineman, Jan 2018, 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria och Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Uppl. 2, Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Levendowski, Amanda, *How Copyright Law Can Fix Artificial Intelligence's Implicit Bias Problem*, Vol. 93 Washington Law Review 579, 2018. Tillgänglig här: <https://digitalcommons.law.uw.edu/wlr/vol93/iss2/2>.
- Levin, Marianne, Hellstadius, Åsa, *Lärobok i immaterialrätt*, Uppl. 12, Norstedts Juridik 2019.
- Magnusson Sjöberg C. (red.), *Rättsinformatik: Juridiken i det digitala informationssamhället*, 3 uppl., Studentlitteratur AB, Polen, 2018.
- Manteghi, Maryna, *The Insufficiency of the EU's text and data mining exceptions for using artificial intelligence*, E.I.P.R., Vol. 44(10), 2022, s. 651-663.
- Margoni, Thomas, Kretschmer, Martin, *A Deeper Look into the EU Text and Data Mining Exceptions: Harmonisation, Data Ownership, and the Future of Technology* (14 juli 2021), GRUR International, 71(8), 2022, 685–701. Tillgänglig här: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3886695>.
- Margoni, Thomas, Kretschmer, Martin, *The text and data exception in the proposal for a DSM: why it is not what EU copyright law needs*, CREATE 2018. Tillgänglig här: <https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs>.
- Maunsbach, Ulf, Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, Uppl. 4., Gleerups utbildning, Malmö, 2018.
- Nordell P. J, *Dubbelskapande i teori och praktik*, NIR 1995 s. 630–639.
- Olin, Anders, Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk kommentar till 2 § och 49 §, Lexino 2023-01-01 (JUNO).
- Olsson & Rosén, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar*, version 4A, publicerad digitalt 2019-01-15; Se kommentarerna till 1, 2, 11 a 25 g §§.
- Patent och registreringsverket, *Artificiell intelligens & immaterialrätt – ett tankepapper från Patent- och registreringsverket*, 2021. Tillgänglig här: <https://www.prv.se/globalassets/in-swedish/om-oss/aktuellt/promemoria-kring-ai--immaterialratt-210527.pdf>.

Quintais, João Pedro, *The New Copyright in the Digital Single Market Directive: A Critical Look*, E.I.P.R., Vol. 42(1), 2020.

Rosati, Eleonora, *An EU Text and Data Mining Exception for the Few: Would It Make Sense?*, 2018, 13(6) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 429, 429.

Rosati, Eleonora, *Copyright in the digital single market: article-by-article commentary to the provisions of directive 2019/790*, Oxford: Oxford University Press, 2021.

Rosati, Eleonora, *Copyright as an Obstacle or an Enabler? A European Perspective on Text and Data Mining and Its Role in the Development of AI Creativity*, 2019 27(2), *Asia Pacific Law Review* 198, 204.

Reichel J., 'EU-rättslig metod', Nääv, Maria och Zamboni, Mauro. (red.), *Juridisk metodlära*, Uppl. 2., Studentlitteratur, Polen, 2018.

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: Ämne, material, metod och argumentation*, Uppl. 5, Norstedts Juridik, Stockholm, 2021.

Schönberger, Daniel, *Deep Copyright: Up - And Downstream Questions Related to Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML)*, 2018. Tillgänglig här: <https://ssrn.com/abstract=3098315>.

Sobel, Benjamin, *Artificial Intelligence's Fair Use Crisis*, *Columbia Journal of Law and the Arts*, (2017-12-05), Vol. 41(1), 2018. Tillgänglig här: <https://doi.org/10.7916/jla.v41i1.2036>.

Triaille J-P., Jérôme de Meeûs d'Argenteuil J., de Francquen A., *Study on the legal framework of text and data mining (TDM)*, De Wolf & Partners, Directorate-General for the Internal Market and Services, Europeiska kommissionen, 2014. Tillgänglig här: <https://data.europa.eu/doi/10.2780/1475>.

Westman, Daniel, *Den fjärde industriella revolutionen – en immaterialrättslig introduktion*, NIR, 2019 s. 131–151.

Westman, Daniel, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*, NIR 2002 s. 226–250.

Övriga elektroniska källor

AI-systemet *AARON* av Harold Cohen 1973.

<<http://www.computerhistory.org/atchm/harold-cohen-and-aaron-a-40-year-collaboration>> (besökt 2023-03-19).

Dickens, Robert, *UK re-considers proposed exception for text and data mining*, Allen & Overy, 2023.

<<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/blogs/digital-hub/uk-re-considers-proposed-exception-for-text-and-data-mining>> (besökt 2023-05-15).

Escovedo, Josh, *The Briefing by the IP Law Blog: Getty Images sues Stability AI for Copyright Infringement in Stable Diffusion Training*, IPWatchdog, 2023.

<https://ipwatchdog.com/wp-content/uploads/2023/02/Andersen_et_al_v._Stability_AI.pdf> (besökt 2023-05-11)

Government UK, *Policy paper: Establishing a pro-innovation approach to regulating AI*, 2022.

<<https://www.gov.uk/government/publications/establishing-a-pro-innovation-approach-to-regulating-ai/establishing-a-pro-innovation-approach-to-regulating-ai-policy-statement#putting-our-approach-into-practice>> (besökt 2023-05-15).

Hugenholtz, Bernt, *The New Copyright Directive: Text and Data Mining (Articles 3 and 4)*, Kluwer Copyright Blog, 2019.

<<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2019/07/24/the-new-copyright-directive-text-and-data-mining-articles-3-and-4/>> (besökt 2023-05-02).

Malovic, Nedim, *Litigation commenced against the developers of AI image generation software*, IPKat, 2023.

<<https://ipkitten.blogspot.com/2023/02/guest-post-litigation-commenced-against.html>> (besökt 2023-04-10).

Margoni, Thomas, Kretschmer Martin, *The Text and Data Mining exception in the Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market: Why it is not what EU copyright law needs*, den 25 april 2018.

<<https://www.create.ac.uk/blog/2018/04/25/why-tdm-exception-copyright-directive-digital-single-market-not-what-eu-copyright-needs/>> (besökt 2023-04-27).

Nyheter, Europaparlamentet, *Vad är artificiell intelligens och hur används det?* Uppdaterad 29-03-2021.

<<https://www.europarl.europa.eu/news/sv/headlines/society/20200827STO85804/vad-ar-artificiell-intelligens-och-hur-anvands-det>> (besökt 2023-03-02).

Quintais, João Pedro, *Generative AI, Copyright and the AI Act*, Kluwer Copyright Blog, 2023.

<<https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/05/09/generative-ai-copyright-and-the-ai-act/>> (besökt 2023-04-25).

Schumpeter: Business, *A battle royal is brewing over copyright and AI*, The economist, 2023. <<https://www.economist.com/business/2023/03/15/a-battle-royal-is-brewing-over-copyright-and-ai>> (besökt 2023-04-19).

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål C-5/08 Infopaq

Mål C-30/14 Ryanair

Mål C-46/02 Fixtures Marketing I

Mål C-128/11 UsedSoft

Mål C-145/10 Painer

Mål C-201/13 Deckmyn

Mål C-202/12 Innoweb

Mål C-203/02 The British Horseracing Board m.fl

Mål C-263/18 Tom Kabinet

Mål C-306/05 SGAE

Mål C-310/17 Levola Hengelo

Mål C-304/07 Directmedia

Mål C-338/02 Fixtures Marketing II

Mål C-360/13 Public Relations Consultant Association Ltd v Newspaper Licensing Agency Ltd

Mål C-392/19 VG Bild-Kunst

Mål C-393/09 Ministerstvo kultury

Målen C-403/08 och C-429/08 Football Association Premier League Ltd

Mål C-406/10 SAS Institute

Mål C-419/13 Art & Allposters International

Mål C-469/17 Funke Medien

Mål C-476/17 Pelham

Mål C-516/17 Spiegel Online

Mål C-527/15 Filmspeler

Mål C-545/07 Lakorda

Mål C-833/18 Brompton bicycle

Svenska rättsfall

NJA II 1961 s. 27, 40, 44, 56

NJA 1985 s. 909

NJA 1986 s. 702

NJA 1989 s. 315

NJA 1994 s. 74

NJA 1995 s. 164

NJA 1995 s. 256

NJA 1998 s. 563

NJA 2002 s. 178

NJA 2002 s. 398

NJA 2004 s. 149

NJA 2005 s. 924

NJA 2009 s. 159

NJA 2010 s. 559

NJA 2015 s. 1097

NJA 2016 s. 212

NJA 2017 s. 75

NJA 2018 s. 725

PMD den 2020-10-09 i mål B 7348-20 (En svensk tiger)

Svea hovrätts dom den 30 januari 2012 i mål T-2179/11

Svea hovrätts dom den 11 april 2023 i mål B 2160-12

Övrigt

Se stämningsansökan nr 3:23-cv-00201

Se stämningsansökan nr. 1:23-cv-00135-UNA