

# **Sportbilen AI, ML och dess färd genom det svenska upphovsrättsliga landskapet**

- Är den svenska upphovsrättslagen en startmotor eller en hjulklamp för AI och ML, och utifall det senare, är den amerikanska fair use-undantagsregeln nyckeln?



**GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN**

**Mattias Törnström**

**HRO800 Examensarbete, 30 högskolepoäng**

Juristprogrammet, höstterminen 2020

Juridiska Institutionen

Handledare: Christoffer Hermansson

Examinator: Kristoffer Schollin

# Innehållsförteckning

<b>Förkortningslista.....</b>	<b>5</b>
<b>1. Inledning – startlinjen för sportbilen AI .....</b>	<b>8</b>
1.1 Upphovsrättens historia och AI-teknologins inträde i rätten .....	8
1.1.1 Problemformulering .....	11
1.2 Syfte och frågeställningar .....	13
1.3 Metoder, teorier och material .....	13
1.3.1 Klassisk rättsdogmatisk metod .....	13
1.3.2 Rättsanalytisk metod .....	14
1.3.3 EU-rättslig metod.....	15
1.3.4 Komparativ metod.....	15
1.3.5 Incitamentsteorin .....	17
1.3.6 Belöningsteorin.....	17
1.3.7 Rättspolitik och rättsekonomi .....	17
1.4 Disposition.....	18
1.5 Tidigare forskning och avgränsningar .....	19
1.5.1 För många juridiska frågor för en ensam montör att skruva ihop .....	19
1.5.2 Förare – vad eller vem, om någon, får upphovsrätt till ett AI-skapat verk? .....	20
1.5.3 Har AI-alster, sportbilens pokaler, en plats i upphovsrätten?.....	21
1.5.4 Kan AI begå upphovsrättsintrång, hur, och finns undantag? .....	22
1.5.5 En import av en amerikansk fair use-komponent i URL .....	23
1.5.6 Endast sportbilens färd genom Sverige följs här .....	23
1.5.7 Fair use finns i flera olika former .....	24
1.5.8 Fair use handlar mer om kopiering än tillgängliggörande .....	25
1.5.9 Licensavtal – stoppskylt för fair use och sportbilen AI? .....	25
1.5.10 Digitala spärrar – en spikmatta för fair use? .....	25
1.6 Begreppsförklaring .....	26
1.6.1 ”Upphovsperson” .....	26
1.6.2 ”Innovatör” .....	26
1.7 Felkällor .....	26
<b>2. Bakgrund: Vad är sportbilen AI och ML? .....</b>	<b>27</b>
2.1 Vilket “språk” talar AI – och vad är maskininlärning? .....	28
2.1.1 Historisk bakgrund av datorernas språk och datorprogrammering .....	28
2.1.2 Maskininlärning.....	29
2.1.2.1 Övervakad maskininlärning.....	30
2.1.2.2 Oövervakad maskininlärning .....	31
2.1.2.3 Djup maskininlärning .....	31
<b>3. Sportbilen AI, ML och upphovsrättsintrång .....</b>	<b>32</b>
3.1 Föraren eller sportbilen – vem eller vad begår intrång?.....	32
3.2 När riskerar föraren köra mot rött ljus? .....	35
3.3 Ok bruk eller intrång – endast bensin och inte diesel i sportbilen .....	36
3.4 Intrång i den ekonomiska ensamrätten .....	37
3.4.1 Den första cylindern i AI-motorn – hur ser intrången ut i input-lagret? .....	37
3.4.2 De mellersta cylindrarna i AI-motorn – hur ser intrången ut i mellan-lagren? .....	37
3.4.3 Den sista cylindern i AI-motorn – hur ser intrången ut i output-lagret? .....	38

3.4.4	Spelar processen i AI-motorn någon roll för intrångsbedömningen? .....	38
3.5	Intrång i den ideella ensamrätten .....	38
<b>4.</b>	<b>Är URL en återvändsgränd för AI och ML eller fortsätter vägen vidare? .....</b>	<b>39</b>
4.1	Framställning av tillfälliga exemplar .....	39
4.1.1	ML uppfyller rekvisitet på integrerad och väsentlig del i en teknisk process.....	40
4.1.2	Exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen .....	41
4.1.2.1	Huvudkopian i input- och output-lagret är inte flyktig.....	41
4.1.2.2	Huvudkopian i input- och output-lagret inte heller av underordnad betydelse .....	42
4.1.2.3	Underkopior i mellanlagren är flyktiga .....	43
4.1.3	Underkopior i mellanlagren saknar självständig ekonomisk betydelse .....	43
4.1.4	Underkopior i mellanlagren uppfyller inte rekvisiten i ett andra skede .....	43
4.2	Framställning av exemplar för privat bruk .....	44
4.2.1	Endast begränsade delar av böcker får som huvudregel kopieras.....	45
4.2.2	Inte tillåtet att framställa exemplar som olovligen offentliggjorts .....	46
4.2.2.1	Inte tillåtet att kringgå digitala spärrar utan lovlig tillgång .....	46
4.2.3	Exemplarframställning får överhuvudtaget inte ske i kommersiellt syfte.....	47
4.3	Framställning och spridning av exemplar inom arkiv och bibliotek .....	48
4.4	Framställning av samlingsverk för användning vid undervisning .....	49
4.5	Citaträtten .....	50
4.5.1	Huvudkopior kan inte undantas genom citaträtten .....	51
4.5.2	Underkopior kan kanske undantas genom citaträtten.....	51
4.6	Undantagen för TDM lyfter potentiellt bommen för sportbilen .....	51
4.6.1	Forskningsändamål är tillåtna och undantaget stöttar upp befintliga undantag .....	52
4.6.2	Bommen slår dock ned hårt på andra syften än forskningsändamål .....	53
<b>5.</b>	<b>Varför är det ett problem att sportbilen saknar en undantagskomponent?.....</b>	<b>53</b>
5.1	Be om medgivande från samtliga upphovspersoner .....	54
5.2	Begränsade till att använda data som tillhandahålls fritt .....	55
5.2.1	Verken som tillhandahålls fritt var inte tillräckligt originella för att få skydd .....	55
5.3	Creative Commons – flyttar upphovsrätten till avtalsrätten .....	56
5.3.1	Begränsande avtalsvillkor vid CC-licenser.....	56
5.3.2	Osäkerhet vid avtal i stället för lag och ovilja leder till begränsat utbud .....	56
5.4	Gamla verk är i princip fria att använda men begränsar.....	57
<b>6.</b>	<b>En ny undantagskomponent behövs och har politiskt stöd.....</b>	<b>58</b>
6.1	Vi bör överväga en amerikansk komponentimport.....	59
<b>7.</b>	<b>En jämförelse mellan komponenterna fair use och undantagskatalogen.....</b>	<b>61</b>
7.1	Fair use och undantagskatalogen är båda passiva invändningar.....	62
7.2	Fair use omfattar alla förfoganden och syften till skillnad från undantagskatalogen .....	62
7.3	URL saknar motsvarande ”generalklausul”.....	63
7.4	Syftet och karaktären samt kommersiell karaktär eller för ideella utbildningsändamål .....	64
7.4.1	Syftet och karaktären – komponenterna lika, men gradskillnader .....	64
7.4.2	Kommersiell karaktär eller för ideella utbildningsändamål – lite större skillnader.....	65
7.5	Det upphovsrättsskyddade verkets karaktär .....	67
7.5.1	Hur kreativt är verket? – komponenterna i huvudsak lika .....	67
7.5.2	Publicerat eller opublicerat – fair use innebär risk för omoraliska handlingar .....	67
7.6	Mängden och betydelsen – bedömningen samma .....	68
7.7	Effekt på potentiell marknad eller värdet – samma bedömning .....	69

<b>8. Kan fair use låsa upp hjulklampen på sportbilen AI och ML?</b>	<b>70</b>
8.1 Huvudkopior vid ML omfattas av fair use-undantagsregeln	70
8.2 Underkopior omfattas också av fair use-undantagsregeln	71
8.3 Kriterier för att utreda om AI och ML är förenliga med fair use	71
8.3.1 AI och ML kan uppfylla kravet på ny användning för nya mottagare	71
8.3.2 Kopieringens proportionalitet till mängd och syfte får avgöras från fall till fall	73
8.3.3 Rimlighet i förhållande till aktuellt område får också avgöras från fall till fall	74
8.4 Rättsfallsstudie: <i>Authors Guild v. Google</i> – AI, ML och fair use i praktiken	74
8.5 Den största fördelen med fair use är dess öppenhet	77
8.6 Den största nackdelen med fair use är rättsosäkerheten	79
8.7 En utmaning ligger i rättssystemen och rättskulturen	81
<b>9. Finns verktygen till att lossa hjulklampen i trestegstestet?</b>	<b>83</b>
9.1 Vissa speciella fall	85
9.2 Inte stå i konflikt med ett normalt utnyttjande av verket	87
9.3 Inte på ett orimligt sätt skada upphovspersonens legitima intressen	89
9.4 Föreslagen ordalydelse i en EU-/svensk fair use-undantagsregel	92
<b>10. Slutsatser – mållinjen för sportbilen AI</b>	<b>92</b>
<b>11. Källförteckning</b>	<b>94</b>
11.1 Internationell rätt och internationella överenskommelser	94
11.2 EU-rätt	94
11.2.1 Direktiv och förordningar	94
11.2.2 Rättspraxis	94
11.3 Svensk rätt	95
11.3.1 Lagtext	95
11.3.2 Propositioner	95
11.3.3 Statens offentliga utredningar (SOU)	96
11.3.4 Rättspraxis	96
11.4 Engelsk rätt	96
11.4.1 Lagtext	96
11.5 Amerikansk rätt	97
11.5.1 Lagtext	97
11.5.2 Rättspraxis	97
11.6 Litteratur	98
11.7 Elektroniska artiklar	102
11.8 Examensarbeten	113

## Förkortningslista

AI	Artificiell intelligens
ACLR	Australian Law Reform Commission
Art.	Artikel
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk
BrB	Brottsbalk (1962:700)
CDPA	The Copyright, Designs and Patents Act 1988
DMCA	The Digital Millenium Copyright Act of 1998
DSM-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna
EU	Europeiska unionen

EUD	EU-domstolen
FN	Förenta nationerna
GDPR	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (Dataskyddsförordningen)
HD	Högsta domstolen
Infosoc-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
ML	Maskininlärning
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PAL	Produktansvarslag (1992:18)
Prop.	Proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
RF	Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (Regeringsformen)

SOU	Statens offentliga utredningar
TDM	Text- och datautvinning
TRIPS-avtalet	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
USA	United States of America
U.S.C.	United States Code
VARA	The Visual Artists Rights Act of 1990
VK	Världskonventionen om upphovsrätt
WIPO	World Intellectual Property Organisation
WTO	World Trade Organization
YGL	Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

# 1. Inledning – startlinjen för sportbilen AI

## 1.1 Upphovsrättens historia och AI-teknologins inträde i rätten

Tanken om upphovsrätt har funnits i tusentals år, och det konkreta upphovsrättsskyddet sedan boktryckarkonsten uppfanns för närmare 600 år sedan.<sup>1</sup> Likt en startmotor en kall vinterdag har upphovsrätten sedan dess hjälpt sportbilen som är innovationen framåt genom att väga upphovspersoners intressen mot allmänhetens och funnit en balans,<sup>2</sup> men på senare tid har startmotorn potentiellt blivit en hjulklamp, som förhindrar sportbilen att, åtminstone på ett effektivt sätt, fortsätta gasa. Världen i allmänhet och upphovsrätten i synnerhet har sedan den globaliserade teknologiska utvecklingen tog fart i början av 2000-talet,<sup>3</sup> och genomslaget av en komplex och sofistikerad sportbil, artificiell intelligens (AI)<sup>4</sup>, haft svårt att hänga med i svängarna. Sportbilen går fortfarande köra och teknologin fortsätter utvecklas, men inte utan att servicelampan lyser gult i instrumentpanelen och motorn vrålar om att växla upp.<sup>5</sup>

Efter en felsökning av den vrålade motorn har många jurister inom EU uppmärksammat att den harmoniserade EU-upphovsrätten är inflexibel,<sup>6</sup> vilket gör att sportbilen AI potentiellt inte kan växla fullt ut. Upphovsrätten inom EU har nämligen en lång tradition av att förse upphovspersonerna med ett starkt skydd med endast några få snäva undantag till ensamrätten, och den svenska upphovsrättslagen (URL)<sup>7</sup> är inget undantag.<sup>8</sup> Den svenska upphovsrätten med rötter i ”1752 års förordning och reglemente för boktryckerierna i riket”<sup>9</sup> anses vid dess tillkomst ha dragit inspiration av både den kontinentaleuropeiska upphovsrätten med

---

<sup>1</sup> Upphovsrätten dateras tillbaka till Antikens dagar (omkring 700 f.Kr - 746 e.Kr) och grekiskans ”plagion”, vars översatta betydelse i det närmaste motsvarar ”stöld av andlig egendom”. Se Henry Olsson, *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt* (Uppl. 6, Norstedts Juridik, 1998) s.24-25.

<sup>2</sup> Intresseavvägningsarbetet fortsätter än idag. Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/20/EG (DSM-direktivet), skäl 6.

<sup>3</sup> Ulf Bernitz, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (Uppl. 12, Jure AB, 2011), s.10.

<sup>4</sup> Dagens AI har beskrivits vara en av grunderna till ”den fjärde industriella revolutionen” och beskrivs mer ingående nedan under kapitel 2. Ulf Lundqvist, ’Artificiell Intelligens - rättsordning och rättstillämpning’ (SvJT 2020 s.382) s.384-385 <<https://svjt.se/svjt/2020/382>>, hämtad 15 oktober 2020. Se även för en beskrivning av de tidigare industriella revolutionerna SOU 2016:89 s.132.

<sup>5</sup> AI har beskrivits vara en utmaning för lagstiftaren. Se Mattias Garrido, ’Något om självkörande fordon och ansvar’ (Ny Juridik 3:18) s.35.

<sup>6</sup> Vissa har argumenterat att den EU-rättsliga upphovsrätten måste bli mer flexibel. P. Bernt Hugenholtz och Martin Senfleben, ’Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities’ <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1959554](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554)>, hämtad 14 oktober 2020.

<sup>7</sup> Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL).

<sup>8</sup> Se ”undantagskatalogen” i 2 kap. URL (11-26i §§). Den svenska upphovsrätten är incitamentsbaserad, vilket innebär att den önskar främja innovation genom att erbjuda upphovspersonen ett starkt skydd. Den ordningen har tidigare ansetts motiverad utifrån tankegången att det ligger djupt rotat hos människan att vilja skörda det man sår, och bli arg när någon tar skörden utan lov, se Mogens Koktvedgaard och Marianne Levin, *Lärobok i Immaterialrätt: § Upphovsrätt § Patenträtt § Mönsterrätt § Känneteckensrätt – i Sverige, EU och internationellt* (Uppl. 8, Norstedts Juridik, 2004), s.24-25.

<sup>9</sup> SOU 1956:25, s.35.



ursprung i Frankrike, och den anglosaxiska rätten som utvecklades i England, även om den kontinentaleuropeiska upphovsrätten får anses ha varit den största inspirationskällan.<sup>10</sup>

Inom Kontinentaleuropa tillkom ensamrätten ur naturrättsläran och baserades på tankar om upphovspersonernas grundläggande rättighet till skapandet av ett verk (*”droit d’ateur”*), medan den anglosaxiska filosofin snarare betraktade upphovsrätten utifrån ett utilitaristiskt perspektiv och såg ensamrätten som ett för upphovspersonen ”kommersiellt betingat privilegium”.<sup>11</sup> Skillnaden i synsätten belyses inte minst av att den Kontinentaleuropeiska och svenska upphovsrätten tillerkände upphovspersonerna ideella rättigheter (*”droit moraux”*)<sup>12</sup>, långt före den anglosaxiska rätten, vilken främst således bidragit med aspekter kring upphovspersonens ekonomiska rätt.

Skillnaderna i synsätt på ensamrätten minskade dock till följd av Bernkonventionen (BK), som syftade till att sammanföra ländernas upphovsrättsliga lagstiftningar genom *principen om nationell behandling* och vissa minimirättigheter.<sup>13</sup> Vid ungefär samma tidpunkt, runt 1950-talet, så kom även Världskonventionen om upphovsrätt (VK), och från svensk lagstiftares håll vidgades vyerna ytterligare och kort senare växte en önskan fram om att uppnå rättslikhet på upphovsrättens område med landets nordiska grannländer.<sup>14</sup> Ett samarbete inleddes, och en samnordisk variant på den kontinentaleuropeiska upphovsrätten togs fram,<sup>15</sup> varpå Sveriges än idag gällande upphovsrättslag infördes 1960.

Även om den förändrats över årens lopp, och inte minst till följd av den EU-harmonisering som ägt rum på upphovsrättens område, så utgörs den svenska upphovsrättslagens hjärta fortfarande av ensamrätten, knuten till det verk upphovspersonen skapat.<sup>16</sup> Skyddet uppstår omedelbart,<sup>17</sup> och likt ett hjärta med två klaffar är ensamrätten uppdelad i två rättigheter,

---

<sup>10</sup> Kockvedgaard och Levin, s.64-65.

<sup>11</sup> Olsson 1998, s.25.

<sup>12</sup> Bergström, s.48, se även SOU 1956:25, s.46 och 85.

<sup>13</sup> SOU 1956:25, s.38-39.

<sup>14</sup> Prop. 1960:17, s.1.

<sup>15</sup> Johan Axhamn, *The Nordic Countries*, s.505 <<http://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:747355/FULLTEXT01.pdf>>, hämtad 17 december 2020.

<sup>16</sup> Henrik Bengtsson och Ralf Lyxell, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång* (Norstedts Juridik, 2006), s.32.

<sup>17</sup> Kockvedgaard och Levin, s.43 och 66-67.

varav den ena är av ekonomisk och den andra av ideell karaktär.<sup>18</sup> Skyddet är brett och alla litterära eller konstnärliga verk, oavsett uttrycksform, omfattas.<sup>19</sup> Något krav på att verket ska vara professionellt uppställt inte.<sup>20</sup> Dock finns ett lågt ställt krav på att verket ska vara originellt och ge uttryck för en ”personlig, skapande insats.”<sup>21</sup>

Genom att erbjuda upphovspersonerna ett starkt skydd som dels består av ensamrätten,<sup>22</sup> dels av den långa skyddstiden,<sup>23</sup> önskar lagstiftaren förse upphovspersonerna med tillräckliga incitament för att främja innovationen i samhället. För att denna monopolliknande ställning däremot inte ska inverka negativt på samhällets intressen har undantagskatalogen införts och dess inskränkningar syftar till att finna en balans i upphovsrättssystemet.<sup>24</sup> Dock har dess starka grund i det analoga samhället visat sig utgöra en svårighet när det kommer till att finna balans och anpassa lagstiftningen till nya innovationsformer, då innovation ser huvudsakligen annorlunda ut i det nya högteknologiska samhället jämfört med det analogiska i vilket upphovsrätten tillkom.<sup>25</sup> Utvecklingen riskerar därför att stagnera om ingenting görs och frågan uppkommer om lagstiftningen behöver göras mer flexibel för att möta den snabba tekniska utvecklingen.

Frågan ställer sig på sin spets i förhållande till AI, och inte minst underkategorin maskininlärning (ML), som i syfte att lära upp ett AI-system ofta kräver massvis med träningsdata, vilken kan vara upphovsrättsligt skyddad.<sup>26</sup> Varje inmatning av viss träningsdata i ett AI-system kan således anses utgöra intrång i upphovspersonens eller annan rättshavares mångfaldiganderätt,<sup>27</sup> och det finns ingen reell möjlighet för innovatörer bakom ett AI-system att inhämta medgivanden av tusen- eller miljontals upphovspersoner och rättshavare.<sup>28</sup> Om URL inte är anpassad till AI och ML finns en risk att incitamenten att utveckla AI avtar, eftersom en digital enhet utan bra träningsdata riskerar bli värdelös. Dock

---

<sup>18</sup> Skyddets uppkomst är formlöst och därmed omedelbart. Gunnar Karnell i Gunnar Karnell (red.), *Digitalisering och upphovsrätt: - nytt skapande, nya regler, nya intrång, nya avtal – aspekter på en ny medierätt* (författarna och Juristförlaget JF AB, 1993), s.14-15. Se även prop. 2004/05:110, s.38.

<sup>19</sup> 1 § 1st URL. Se särskilt 1 § 1st 7 p. URL.

<sup>20</sup> Marianne Levin, *Immaterialrätten: En introduktion* (Norstedts Juridik, 1999), s.64.

<sup>21</sup> Kockvedgaard och Levin, s.75.

<sup>22</sup> Se 2 och 3 §§ URL.

<sup>23</sup> Upphovsrätten gäller i regel i 70 år efter det år upphovspersonen gick bort, se 43 § URL.

<sup>24</sup> Marianne Levin och Åsa Hellstadius, *Lärobok i immaterialrätt* (Uppl. 12, Norstedts Juridik, 2019), s.191.

<sup>25</sup> Graham J H Smith m.fl., *Internet Law and Regulation* (Uppl. 2, FT Law & Tax, 1997) s.17.

<sup>26</sup> Se en mer utförlig förklaring av AI och ML under kapitel 2 nedan.

<sup>27</sup> Se 2 § 2 st URL.

<sup>28</sup> Medgivande från en upphovsperson eller rättshavare kan sägas vara ett generellt undantag som följer av ensamrätten att bestämma över hur ett verk används eller utnyttjas. Christina Wainikka, *Att skydda innovationer* (Uppl. 2, Norstedts Juridik, 2020), s.158.

innebär samtidigt varje undantag, om ett sådant behövs och anses påkallat av utvecklingen, en stor inskränkning i upphovspersonernas eller rättshavarnas ensamrätt, varför innovation här potentiellt ställs mot innovation på ett tidigare sällan skådat sätt.<sup>29</sup>

Inom EU och i Sverige diskuteras AI-strategier i relation till ovan frågor och den teknologiska utvecklingen flitigt. Det infördes nyligen exempelvis undantag för text- och datautvinning (TDM), i det nya så kallade DSM-direktivet<sup>30</sup>, i vilket det möjligtvis går att se en utveckling som banar vägen för AI och ML,<sup>31</sup> men de har samtidigt redan nu, innan de blivit implementerade i svensk upphovsrätt, ansetts otillfredsställande. Samtidigt pågår diskussioner kring utökade möjligheter att se till den teknologiska utvecklingen genom ett införande av ett allmänt hållet undantag med utgångspunkt i den amerikanska "fair use"-doktrinen<sup>32</sup>, och vissa menar på att verktygen till ett sådant redan finns i trestegstestet<sup>33 34</sup>.

Trots ivriga diskussioner har de dock inte utmynnat i något konkret och ett införande av en sådan flexibel fair use-undantagsregel verkar i nuläget relativt avlägset. Frågan uppkommer därför om EU-upphovsrätten och URL redan har rätt komponenter för att hänga med AI och ML i svängarna, eller om lagen befäster sportbilen med en hjulklamp, och utifall det senare, om en amerikansk import av komponenter i form av fair use-undantagsregeln bör övervägas.

### 1.1.1 Problemformulering

AI-teknologin är relativt ny,<sup>35</sup> men innebär redan betydande svårigheter lagstiftaren måste hantera.<sup>36</sup> Den tekniska utvecklingen har i och för sig ställt till det för lagstiftaren tidigare, och inte minst i samband med den tredje industriella revolutionen, som bland annat innebar datorns intåg på marknaden runt 1950-talet.<sup>37</sup> Vi har sedan dess sett ett avsevärt ökat intresse för att diskutera immaterialrättsliga frågor kopplade till teknologi, eftersom rättsområdet fick betydande globala effekter och immaterialrätter blev värdefulla handelsvaror. Rättsområdet är

---

<sup>29</sup> World Intellectual Property Organization, 'WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI), Second Session: Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence 21 may 2020' s.7, <[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_1\\_rev.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_1_rev.pdf)>, hämtad 4 november.

<sup>30</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/29/EG.

<sup>31</sup> Se framförallt de allmänt hållna undantagen för text- och datautvinning i Art.3-4, DSM-direktivet.

<sup>32</sup> "Fair Use"-doktrinen som kommer att diskuteras mer i analysen har sedan en tid tillbaka blivit lag, och återfinns kodifierad i the Copyright Act of 1976, del av, Title 17 of the United States Code (U.S.C.) § 107.

<sup>33</sup> Se exempelvis Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Bernkonventionen) (BK), Art.9(2).

<sup>34</sup> Se Monika Ermert, 'IP Experts Sign Declaration Seeking Balanced Copyright Three-Step Test' (Intellectual Property Watch, 2008) <<https://www.ip-watch.org/2008/07/24/ip-experts-sign-declaration-against-unbalanced-copyright-three-step-test/>>, hämtad 19 oktober 2020.

<sup>35</sup> Notera samtidigt att ett förarbete nämnde AI i förbifarten redan 1985, se SOU 1985:51, s.83).

<sup>36</sup> Garrido, s. 35.

<sup>37</sup> SOU 2016:89 s.132.

även i dag föremål för omfattande diskussioner och debattörerna har försatt sig i två läger, varav det ena består av personer som vill se ett mer liberalt synsätt på teknologin i relation till immaterialrätten, och det andra av personer som värnar om ett starkt immaterialrättsligt skydd. Klart är dock att det diskuterade immaterialrättsliga systemet ”tål att ifrågasättas”.<sup>38</sup>

Det nutida upphovsrättsliga ramverket har beskrivits vara ”tämligen stelt med alltför lite inbyggd flexibilitet för en smidig anpassning till dagens snabbväxande förändringar”,<sup>39</sup> och det är även upphovsrättens analoga historia som kan tänkas utgöra ett hot mot den teknologiska utvecklingen, om inte upphovsrätten görs mer flexibel och anpassningsbar. Samtidigt utgör inte bara upphovsrätten ett eventuellt hot mot den teknologiska utvecklingen, utan den teknologiska utvecklingen innebär även ett eventuellt hot mot det klassiska analoga samhället. Om autonoma datorprogram tillåts få obegränsad tillgång till data, så kan datorprogrammen, när data föreligger i för datorprogrammet tolkningsbar form, tänkas skapa och bearbeta verk i mycket hög hastighet med endast liten eller närmast obetydlig bränsleförbrukning, på ett sätt som en fysisk upphovsperson aldrig kommer kunna göra.<sup>40</sup>

Dock anses lagstiftaren i kampen mellan de fysiska upphovspersonerna och teknologin historiskt sett ha favoriserat de förstnämnda, och det kan därför vara hög tid att återställa balansen i det upphovsrättsliga systemet om det visar sig vara så att AI-teknologin hämmas, eftersom en alltför tung ensamrätt har ansetts utgöra en ”outhärdlig börda för samhället”, eller i det här fallet, en bromskloss som förhindrar sportbilen, AI, att fortsätta gasa framåt.<sup>41</sup> I slutändan kokar diskussionen ned till om lagstiftaren vill bevara ett gammalt analogiskt rättstillstånd, eller bereda vägen för ett nytt högteknologiskt samhälle.<sup>42</sup>

AI-teknologin spås leda vägen in i ett sådant högteknologiskt samhälle, och det har, trots att vi bara befinner oss i ett tidigt stadie, ansetts utgöra en fjärde industriell revolution, vilket fått diskussionerna att blossa upp igen.<sup>43</sup> Med nya saker uppstår dock nya problem, även om felkoderna i sportbilens instrumentpanel relaterade till AI-teknologi påminner om de som

---

<sup>38</sup> Kocktvedgaard och Levin, s.21.

<sup>39</sup> Kocktvedgaard och Levin, s.16.

<sup>40</sup> Peter Siepel, *Databasrätt: Fokus på upphovsrätt och avtal* (Institutet för Rättsinformatik, IRI-rapport 1990:6, 1990), s.19-20.

<sup>41</sup> Levin och Hellstadius, s.191.

<sup>42</sup> Kocktvedgaard och Levin, s.195-196.

<sup>43</sup> Lundqvist, s.384-385.

gjorde sig gällande vid datorernas intåg, vilket i och för sig är föga förvånande då AI anses utgöra datorprogram. Vi kan bland annat se liknande problem uppstå inom upphovsrätten, främst kopplat till kopiering, lagring, bearbetning och framställning av exemplar,<sup>44</sup> och vi återkommer till dessa frågor senare i framställningen.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Framställningens syfte kan sägas vara tudelat, varav den första delen består i att utreda och analysera i vilken utsträckning ”gällande rätt” i svensk upphovsrätt tillåter nödvändig exemplarframställning vid ML av ett AI-system, och den andra delen består i att utreda, jämföra och analysera amerikansk och svensk upphovsrätt för att ta reda på om den amerikanska fair use-undantagsregeln erbjuder en tillfredsställande lösning på problemet.

För att uppfylla framställningens syfte måste också en rad frågeställningar besvaras, och de huvudsakliga frågeställningarna återges i nedan lista:

1. AI eller innovatören, vad eller vem, anses begå upphovsrättsintrång vid djup ML?
2. Hur ser upphovsrättsintrången vid djup ML ut?
3. Finns undantag för exemplarframställning i samband med djup ML i svensk rätt?
4. Vad är problemen med att tillämpligt undantag saknas i svensk upphovsrätt?
5. Finns det politiskt stöd att införa ett nytt mer flexibelt undantag i URL?
6. Erbjuder den amerikanska fair use-undantagsregeln en tillfredsställande lösning?
7. Är den amerikanska fair use-undantagsregeln kompatibel med trestegstestet?

## 1.3 Metoder, teorier och material

### 1.3.1 Klassisk rättsdogmatisk metod

En klassisk rättsdogmatisk metod kommer anläggas på uppsatsens första delar för att uppfylla syftets första del att utreda och analysera gällande rätt (de lege lata) i svensk upphovsrätt.<sup>45</sup> Det innebär att svaren på hur det svenska upphovsrättsliga systemet är uppbyggt och om det utifrån dess nuvarande ordning ges utrymme åt AI och ML eller inte främst kommer sökas i

---

<sup>44</sup> SOU 1985:51, s.37.

<sup>45</sup> Rättsdogmatisk metod lämpar sig väl då den är signifikativ för svensk rätt, se Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson, *Genusrättsvetenskap* (Uppl. 1, Studentlitteratur, 2009), s.91.

lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin, i den ordningen.<sup>46</sup> Störst vikt kommer dock läggas vid lag och förarbeten, eftersom de ansetts utgöra de viktigaste rättskällorna i en immaterialrättslig kontext.<sup>47</sup> Då den svenska upphovsrätten i huvudsak återfinns detaljerat nedskrivna i lag, så möjliggörs inte särskilt stora tolkningar av rätten när den utreds och analyseras, varför argumentationen i hög utsträckning är bunden till vad som står i rättskällorna, primärt lagtexten och förarbetena. Om det däremot visar sig att en förändring av rätten anses påkallad utifrån gällande rättsläge, kan en friare argumentation föras.<sup>48</sup>

Det kan tyckas märkligt att ibland tiotal års gamla förarbeten ska konsulteras när det gäller ett relativt nytt och högteknologiskt ämne som AI och ML, men det är av stor betydelse att ur ett rättshistoriskt perspektiv ha förståelse för upphovsrättens historia.<sup>49</sup> Inte minst när det gäller att se hur den teknologiska utvecklingen tidigare hanterats, och om det exempelvis ur ett rättspolitiskt perspektiv finns intresse av att lätta upp det upphovsrättsliga skyddet i syfte att främja teknologiska innovationsformer såsom AI och ML, om det behövs. Den rättsdogmatiska metoden kommer nämligen, bortsett från att bara beskriva gällande rätt, också användas till att kritisera<sup>50</sup> densamma och argumentera för en normativ förändring av rätten (*de lege ferenda*), i vilket fall metoden kan betecknas såsom kritiskt rättsdogmatisk. I det senare fallet undersöks exempelvis samhällsliga konsekvenser i relation till rätten.<sup>51</sup>

### 1.3.2 Rättsanalytisk metod

Mot bakgrund av det ovanstående, det vill säga att AI är ett högteknologiskt relativt nytt ämne som i dagsläget är oreglerat i lag och att rättsdogmatiken i huvudsak är strikt bunden till rättskällorna, så kommer också anläggas en mjukare form av rättsdogmatisk metod, den Sandgren benämner rättsanalytisk metod. Den rättsanalytiska metoden möjliggör en friare argumentation som inte är strikt bunden till rättskällorna, och kritiserande av rättsläget samt tillåter bland annat att praktiska värderingar vägs in i bedömningen. Med rättsanalytisk metod kommer framställningen att ha ett mer funktionellt perspektiv på AI och ML som även syftar

---

<sup>46</sup> Jan Kleineman i Fredric Korling & Mauro Zamboni, *Juridisk Metodlära* (Uppl. 3, Studentlitteratur, 2013), s.21.

<sup>47</sup> Koktvedgaard och Levin, s.57.

<sup>48</sup> Kleineman i Korling och Zamboni, s.27.

<sup>49</sup> Kleineman i Korling och Zamboni, s.23

<sup>50</sup> I denna framställning innebär det applicerandet av ett akademiskt kritiskt tänkande, vilket definieras som "förmågan att självständigt reflektera över fakta och värderingar ... på ett vetenskapligt sätt", se Johan Schelin, *Kritiska perspektiv på rätten* (Poseidon Förlag AB, 2018), s.16.

<sup>51</sup> Gunnarsson och Svensson, s.92 och 100.

till att se till det praktiska samspelet med teorin, samhällsdebatten, och underrättspraxis samt artiklar som inte är av strikt rättskällekaraktär när rätten appliceras,<sup>52</sup> här på AI och ML.

### 1.3.3 EU-rättslig metod

För att kunna göra en fullgod utredning och analys av svensk gällande rätt måste dock även EU-rättsliga rättskällor i viss mån utredas och analyseras, eftersom Sverige är bundet av EU-rätt, som fyller ut och äger företräde framför nationell rätt.<sup>53</sup> För att utreda och analysera EU-rätt kommer en EU-rättslig metod anläggas. Den EU-rättsliga metoden är dock mycket bred, och bör betraktas vara ett bilmärke med flera individuella bilmodeller, snarare än en enda modell.<sup>54</sup> I denna framställning kommer främst en klassisk och kritisk samt komparativ rättsdogmatisk studie av EU-rätten företas. EU-rätten kommer vidare att betraktas som en integrerad del i svensk upphovsrätt,<sup>55</sup> varmed ska förstås att EU-rätten med dess förordningar, direktiv, främst Infosoc- och DSM-direktivet, och praxis kommer komplettera och bidra till en bredare undersökning och analys av den svenska upphovsrätten.<sup>56</sup>

### 1.3.4 Komparativ metod

Skulle en utredning och analys av svensk rätt anses påkalla förändring av upphovsrätten, har förslag framförts om att en lösning finns i den amerikanska fair use-doktrinen. För att uppfylla syftets andra del av att utreda och analysera om en sådan rättsregel är lämplig eller ens möjlig i en svensk upphovsrättslig kontext måste dock en jämförelse mellan svensk och amerikansk rätt företas, och en komparativ metod, som är en sofistikerad form av den ovan redogjorda för klassiska rättsdogmatiken,<sup>57</sup> har i doktrin ansetts lämpa sig särskilt väl för ändamålet på upphovsrättens område. Framförallt då de flesta länder har att ta ställning till i stort sett samma frågor, och upphovsrätten till skillnad från många andra rättsområden är

---

<sup>52</sup> Claes Sandgren, 'Är rättsdogmatiken dogmatisk?' i *Tidsskrift for Rettsvitenskap* (2005), s.655-656.

<sup>53</sup> *Costa mot E.N.E.L.* (mål 6/64), EU:C:1964:66, [1964] ECR 585, 15 juli 1964, är ett principiellt viktigt fall som slog fast företrädesprincipen, det vill säga att EU-rätt äger företräde framför nationell rätt.

<sup>54</sup> Reichel i Korling och Zamboni, s.128 och 109.

<sup>55</sup> EU-upphovsrätten kan anses utgöra en integrerad del i svensk upphovsrätt då den senare i stora drag är en avspeglning av den förstnämnde. Det finns dock anledning att beröra vissa delar av EU-rätten som inte blivit implementerade i svensk rätt eller viktiga EU-praxis som kan fungera tolkningsunderlag även för svenska bestämmelser.

<sup>56</sup> EU-medlemskapet följer också med skyldigheter såsom att svenska domstolar i vissa fall måste tolka den svenska rätten i ljuset av EU-rätten (direktivkonform tolkning), se *Von Colson mot Land Nordrhein-Westfalen* (mål 14/83), EU:C:1984:153. En noterbar skillnad från de svenska rättsreglerna är att EU-rättsreglerna saknar vägledande förarbeten, men det har uttalats att dessa EU-rättsregler ska "ses i ljuset av den europeiska rättsutvecklingen", och konventioner tolkas "in good faith", eller med andra ord, i god tro, se Koktvedgaard och Levin, s.57. I huvudsak kommer Infosoc- och DSM-direktiven konsulteras, eftersom gällande upphovsrättslag formats efter det förstnämnda, medan det senare öppnar upp för mer allmänt hållna undantagsregler, som potentiellt kan vara nyttiga för AI och ML.

<sup>57</sup> Den komparativa metoden kan exempelvis lämpa sig väl när det, som i denna framställning, kommer till att utreda om ett framgångsrikt utländskt koncept kan implementeras i svensk rättsordning, se Kleineman i Korling och Zamboni, s.40.

relativt nytt, varför länderna därför kan tänkas vara mer villiga att gå med på förändringar i de nationella lagstiftningarna.<sup>58</sup>

För att kunna jämföra svensk och amerikansk upphovsrätt blir vi även tvungna att försöka fastställa gällande rätt i USA. Det låter sig dock inte göras lika enkelt som i Sverige, eftersom lagen i USA ofta lämnas öppen för tolkning, vilket är fallet med fair use-undantagsregeln. I stället är praxis den viktigaste rättskällan i common law och copyright-system, som amerikansk upphovsrätt är del av,<sup>59</sup> och de tolkningsfrågor som fair use-undantagsregeln ger upphov till kommer därför primärt besvaras med praxis, och i andra hand doktrin, även om analysen kommer ta sitt ursprung i den skrivna rättsregeln. Märk samtidigt väl att de amerikanska domstolarna kontinuerligt ägnar sig åt att förändra rätten genom politiska och moraliska övervägningar av omständigheterna i det enskilda fallet, i stället för att söka svaret i skriven rätt,<sup>60</sup> även om den amerikanska Högsta domstolens praxis är bindande.

För att uppnå uppsatsens syfte att utreda om det finns en mer flexibel och anpassningsbar undantagsregel i amerikansk upphovsrätt samt om det är möjligt att införa en sådan undantagsregel i svensk rätt kan komparationen mellan svensk och amerikansk rätt däremot med fördel begränsas till att avse endast vissa likheter och skillnader i svensk och amerikansk upphovsrätt, utan att för sakens skull göra en heltäckande jämförelse av de olika rättsystemen. I denna framställning kommer fokus därför ligga på att jämföra den amerikanska fair use-undantagsregeln med den svenska undantagskatalogen samt trestegstestet, som följer av dels Infosoc-direktivet, dels andra internationella åtaganden som Sverige och USA är bundna av, exempelvis BK,<sup>61</sup> och TRIPS-avtalet.

Därtill kommer ett akademiskt internkritiskt perspektiv anläggas på både fair use-undantagsregeln och undantagskatalogen vid utredningen de lege lata, vilket kommer ske främst i syfte att belysa de olika rättsreglernas brister, men även ett akademiskt externkritiskt perspektiv, som avser kritisera de två utifrån utomrättsliga perspektiv vid främst en de lege

---

<sup>58</sup> Strömholm s.7.

<sup>59</sup> Joseph Dainow, 'The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison' i *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, No. 3 (1966 – 1967), pp. 419-435, s.423, <[https://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books\\_4037\\_0.pdf](https://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_4037_0.pdf)>, hämtad 24 november 2020.

<sup>60</sup> Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Uppl. 3, Oxford University Press, 2012) s.147-148.

<sup>61</sup> Sverige har följt Bernkonventionen sedan 1904, prop. 2004/05:110, s.40, och USA sedan 1988, Mabry Gordon, s.34.



ferenda-diskussion.<sup>62</sup> Argumentationen i denna del kommer i första hand kompletteras av incitaments- och belöningsteorin, vilka visserligen kommer användas även i vissa andra fall.

### 1.3.5 Incitamentsteorin

Incitamentsteorin<sup>63</sup>, utifrån vilken det upphovsrättsliga skyddet bestående av ensamrätten och den långa skyddstiden motiveras genom argumentet att samhället måste ge tillbaka till upphovspersonerna som bidrar till kulturen och ekonomin för att uppmuntra nytt och fortsatt skapande,<sup>64</sup> kommer främst användas för att se till uphovspersonernas och rättshavarnas intresse av en stark ensamrätt och för att kritisera ett införande av en fair use-undantagsregel.

### 1.3.6 Belöningsteorin

Belöningsteorin<sup>65</sup> kopplar an till incitamentsteorin, och innebär att uphovspersonerna förtjänar belöning för sitt nedlagda arbete,<sup>66</sup> trots att det inte skulle gynna ekonomin i någon större utsträckning, och teorin kommer att användas på samma sätt, och många gånger parallellt, med incitamentsteorin.

### 1.3.7 Rättspolitik och rättsekonomi

Utöver det ovanstående kommer rättspolitiska överväganden att utredas för att se om det finns politiskt stöd att reformera URL och rättsekonomisk teori anläggas, för att med en utbud- och efterfrågemodell, kolla på vilka eventuella individ- och samhällskonsekvenser en fair use-undantagsregel kan få vid ett eventuellt införande i Sverige. Rättsekonomisk teori, och särskilt neoklassisk nationalekonomi, sammanfaller med den amerikanska utilitaristiska nyttomaximerande synen på uphovsrätten, och kommer användas för att understödja rättspolitiska argument om effektivitet på marknaden och för att se till innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemets intressen genom att argumentera för att begränsa

---

<sup>62</sup> Schelin, s.17.

<sup>63</sup> Inom Sverige går den ibland under namnet "immaterialrättslig teori", och det är även en av de vanligaste motiveringarna till uphovsrättsligt skydd i USA, var skyddet anses bidra till ekonomin och kulturen, se Simon Stokes, *Digital Copyright: Law and Practice* (Uppl. 4, Hart Publishing, 2014), s.6.

<sup>64</sup> Richard Wessman, Jakob Kraus och Ilze Lukins, *Immaterialrättens struktur* (Norstedts Juridik, 2019), s.18.

<sup>65</sup> Tar sig uttryck indirekt i de svenska ensamrättsbestämmelserna, som överhuvudtaget inte för det uphovsrättsliga skyddets uppkomst eller att uphovspersonen ska få belöning för sitt nedlagda arbete kräver att det skapade verket bidrar till ekonomin. Belöningsteorin är också ett annat viktigt argument för uphovsrätt i USA, se Stokes, s.6.

<sup>66</sup> Tobias Kempas, 'Vem – om någon – äger (eller borde äga) uphovsrätten till AI-genererade verk?' (Vinge) <[https://sfir.se/files/user/Tobias%20Kempas\\_final%202020-02-13.pdf](https://sfir.se/files/user/Tobias%20Kempas_final%202020-02-13.pdf)>, hämtad 12 december 2020.

upphovspersoners och rättshavares monopolrätter och tillhörande transaktionskostnader i syfte att paradoxalt nog främja upphovsrätten genom ”omallokering” av rättigheter.<sup>67</sup>

## 1.4 Disposition

Efter detta inledande kapitel som bland annat redogjort för en rättshistorisk överblick av den svenska upphovsrätten och de rättspolitiska argument som framförts för att antingen liberalisera eller sluta den svenska upphovsrätten för den teknologiska utvecklingen, så kommer ett andra kapitel relativt ingående beskriva vad AI- och ML-teknologi är. Ett tredje kapitel kommer därefter utreda och analysera vem eller vad som anses begå intrång och hur dessa upphovsrättsintrång ser ut i samband med djup ML. Ett fjärde kapitel ägnas sedan åt att utreda och analysera om det finns något tillämpligt undantag i samband med djup ML och ett femte kapitel utreder och analyserar vilka problem dels Sverige, dels innovatören eller innovatörerna ställs inför i brist på ett tillämpligt undantag. Därefter övervägs i ett sjätte kapitel om införandet av ett nytt undantag finner rättspolitiskt stöd inom EU och Sverige.

I ett sjunde kapitel företas en jämförelse mellan den amerikanska fair use-undantagsregeln och den svenska undantagskatalogen och i ett ankopplande åttonde kapitel utreds och analyseras om fair use-undantagsregeln erbjuder en tillfredsställande lösning på den svenska upphovsrättens problem när det kommer till flexibilitet i undantagsreglerna för att anpassa regleringen till den teknologiska utvecklingen ur främst en AI- och ML-kontext. Ett nionde kapitel ämnar därefter utreda och analysera om det överhuvudtaget är möjligt att införa en sådan fair use-undantagsregel i svensk rätt med utgångspunkt tagen i det internationellt erkända trestegstestet samt om trestegstestet i sig kan formuleras eller göras om till ett fair use-undantag. Slutligen presenteras i kapitel tio framställningens slutsatser.

---

<sup>67</sup> Aufderheide och Jaszi, s.39, Klas Eklund, *Vår Ekonomi: En introduktion till samhälls ekonomin* (Uppl. 14, Studentlitteratur, 2018), s.17-22, Ekonomisk Historia: Om Adam Smith, Karl Marx och annat relaterat till ekonomisk historia, 'Vilka antaganden gör neoklassisk teori?' <<http://ekonomisk-historia.r76.se/neoklassisk-teori-marginalanalys-nyttomaximering-perfekt-information>>, hämtad 12 december 2020, och Robert D. Atkinson, 'Copyright Policy and Economic Doctrines' (The Information Technology & Innovation Society) <<http://www2.itif.org/2012-copyright-economic-doctrines-pdf>>, hämtad 12 december 2020 samt Daniel E. Saros, *Principles of Political Economy, 3e: A Pluralistic Approach to Economic Theory* (Uppl. 2, Pressbooks, 2019), del 1 avsnitt 3.

## 1.5 Tidigare forskning och avgränsningar

### 1.5.1 För många juridiska frågor för en ensam montör att skruva ihop

Förhållandet mellan AI och rätten ger upphov till för många frågeställningar för att en ensam montör ska kunna skruva ihop alla bildelar själv. Som exempel bara på upphovsrättens område kan nämnas frågor som: ”kan AI vara upphovsperson enligt URL?”, ”om AI inte kan vara upphovsperson enligt URL, vem tillmäts i sådana fall rättigheterna till AI-alster?”, ”kan ett AI-alster överhuvudtaget tillmätas upphovsrätt?”, ”kan AI begå upphovsrättsintrång?”, ”kan AI hållas ansvarigt för upphovsrättsintrång?”, ”om AI inte kan begå intrång enligt URL och inte heller hållas ansvarigt för eventuella upphovsrättsintrång, vem, om någon, kan ställas till ansvar för eventuella upphovsrättsintrång relaterade till AI?”, ”finns det något tillämpligt undantag för eventuella upphovsrättsintrång gjorda av AI?” och så vidare.

Därtill kommer en drös av frågeställningar på andra rättsområden, exempelvis inom patenträtten och mönsterskyddsätten där liknande frågeställningar som ovan gör sig gällande.<sup>68</sup> Exempelvis: ”kan en uppfinning påkommen och tillverkad av AI patenteras?”, ”kan AI vara patenthavare?”, ”om AI inte kan vara patenthavare, vem, om någon, kan söka patent för uppfinningen påkommen av AI?” och så vidare. Vi har också sett exempel på att AI kan väcka frågor om mänsklig integritet och GDPR<sup>69</sup>, exempelvis Polismyndighetens förslag om att använda ansiktsgenkänning vid brottsbekämpning.<sup>70</sup> Vi kan även se frågor aktualiseras inom exempelvis områden relaterade till företagshemligheter och konkurrens.

Frågorna ovan är inte uttömmande, och frågorna som har väckts och kan tänkas väckas framöver allteftersom AI-teknologin utvecklas är så många att denna framställning skulle kunna göras till mitt livsverk. Denna framställning måste dock göras på begränsad tid och den har därför av förklarliga skäl varit tvungen att avgränsas till att endast ta upp och beröra ett fåtal av de frågeställningar som uppkommer kring AI-teknologin på upphovsrättens område, även om också sju frågeställningar kan upplevas vara många.

---

<sup>68</sup> Henry Olsson, *Copyright: svensk och internationell upphovsrätt* (Uppl. 10B, Norstedts Juridik, 2020), i avsnittet om Kritiken mot upphovsrättssystemet, stycke 7.

<sup>69</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (Dataskyddsförordningen) (GDPR).

<sup>70</sup> Förslaget har godkänts av Datainspektionen, se Andreas Schander, ’Ansiktsgenkänning får användas för att utreda brott’ (Polisen) <<https://polisen.se/aktuellt/pressmeddeladen/2019/oktober/ansiktsgenkanning-far-anvandas-for-att-utreda-brott/>>, hämtad 11 december 2020.

AI-teknologi är dock ett ytterst komplext område som vi endast vet väldigt lite om, så för att mina tilltänkta huvudfrågor, som avsåg att endast utreda och analysera om URL begränsade utvecklingen av AI-teknologi och om frågan besvarades jakande, om vi borde överväga att införa en amerikansk fair use-undantagsregel i URL, inte ska bli hängande i luften eller avhängiga någon annans arbete, så bestämdes att framställningen även skulle beröra de tidigare frågorna angående vad AI är och vilken position AI intar vid upphovsrättsintrång, samt hur eventuella upphovsrättsintrång i relation till AI ser ut. Upphovsrätt i allmänhet och AI-teknologi i synnerhet kommer samtidigt i kontakt med flera andra rättsområden,<sup>71</sup> varför vissa kortare resonemang kommer föras även kring några av de tidigare nämnda områdena, exempelvis GDPR, företagshemligheter och konkurrens.

### 1.5.2 Förare – vad eller vem, om någon, får upphovsrätt till ett AI-skatat verk?

En fråga som fått stor uppmärksamhet på senare tid avser om en AI kan vara upphovsperson, och om inte, vem som i sådana fall bör tillmätas upphovsrätten.<sup>72</sup> Diskussionen liknar den som fördes i samband med att apan Naruto tog selfies med en utplacerad kamera,<sup>73</sup> och precis som i fallet med Naruto verkar det råda konsensus inom den svenska upphovsrätten att en AI, som inte är en människa utan en sak, åtminstone inte ännu kan tillmätas upphovsrätt enligt URL.<sup>74</sup> Detsamma gäller exempelvis i både amerikansk och engelsk upphovsrätt<sup>75</sup>, även om Monkey selfies-fallen och utvecklingen mot mer autonoma AI-system väckt diskussioner om att se över rättsläget i detta avseende,<sup>76</sup> exempelvis genom att införa ett nytt rättssubjekt.<sup>77</sup>

Här skulle det därför kunna diskuteras om upphovsrätten då i stället bör tillkomma innovatören eller innovatörerna som skapat AI-systemet, en eventuell arbetsgivare eller en

---

<sup>71</sup> Det har inte minst att göra med immaterialrättens globalisering, se Guy Tritton m.fl., *Intellectual Property in Europe* (Uppl. 3, Sweet & Maxwell, 2008) s.5.

<sup>72</sup> Notera att frågan är en annan än om själva AI-systemet är föremål för upphovsrätt. Datorprogram har i cirka 30 års tid varit föremål för upphovsrätt och det är därför ingen oklar rättsfråga om innovatören eller innovatörerna kan få upphovsrätt till datorprogrammet de skapat, se Svante Bergström, fjärde upplagan ombesörjd av Stig Strömholm, *Lärobok i Upphovsrätt* (Uppl. 4, Justus Förlag, 1994), s.69, jfr. 1 § första stycket andra punkten URL. Dock har problem uppstått kring tolkningen av hur länge skyddet ska gälla, se Malin Forsman m.fl., *I immaterialrättens gränsland* (Jure Förlag AB, 2012) s.9.

<sup>73</sup> Se Andres Guadamuz, 'Can The Monkey Selfie Case Teach Us Anything About Copyright Law?' (Wipo.int., 2018) <[https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2018/01/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0007.html)>, hämtad 6 november 2020. Notera att domstolen i båda instanser lade vikt vid att Naruto i egenskap av en sak inte hade talerätt att stämma för upphovsrättsintrång, *Naruto v Slater*, No 16-15469 (9th Cir 2018).

<sup>74</sup> Henry Olsson och Jan Rosén, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar* (uppl. 4, Wolters Kluwer, 2016).

<sup>75</sup> Notera dock att England redan beaktar datorgenererade verk i sin lagstiftning, även om upphovsrätten fortfarande tillkommer den fysiska personen se the Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA), S.9(3).

<sup>76</sup> Aaron Gin och Diego Freire, 'Intelligent Machines – Engines Of Intellectual Property Creation?' (Casetext.com, 2018)

<[https://casetext.com/analysis/intelligent-machines-engines-of-intellectual-property-creation?PHONE\\_NUMBER\\_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=>](https://casetext.com/analysis/intelligent-machines-engines-of-intellectual-property-creation?PHONE_NUMBER_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=>)>, hämtad 6 november 2020.

<sup>77</sup> Marcelo Corrales Compagnucci m.fl., *Legal Tech and the New Sharing Economy: Perspectives in Law, Business and Innovation* (Springer, 2020), s.81-91.

potentiell slutanvändare som förvärvat eller annars använder AI-systemet eller om ett nytt rättssubjekt behövs. Då frågorna dock utretts i relativt stor utsträckning tidigare kommer de inte utredas närmare här, utan följande framställning kommer utgå ifrån att det är innovatören eller innovatörerna bakom ett AI-system som tillmäts upphovsrätten till ett AI-skapat verk enligt URL.<sup>78</sup> Dock givetvis under förutsättning att verket i sig uppfyller kravet på originalitet samt att innovatören eller innovatörerna ”svarat för den kreativa insatsen och att denna kommit till uttryck i alstret.”<sup>79</sup> Framställningen kommer således utgå ifrån att AI-skapade verk kan tillmätas upphovsrätt,<sup>80</sup> samt att det är innovatören eller innovatörerna bakom ifrågavarande AI-system som är förare av sportbilen och använder AI-systemet, om ingenting annat sägs, samt att det inte föreligger någon arbetsgivarproblematik.

### 1.5.3 Har AI-alster, sportbilens pokaler, en plats i upphovsrätten?

Frågan om de alster som ett AI-system skapar kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd är visserligen en omstridd fråga, och mitt förutsättande ovan att de kan göra det, bör inte tas för sanning på vad som anses vara ”gällande rätt”, utan det är bara en möjlig utgångspunkt som jag tagit i denna framställning för att begränsa mig till andra frågeställningar jag finner vara av större vikt då de mig veterligen inte utretts tidigare, åtminstone inte i den omfattning som vore erforderligt. Den tidigare nämnda frågan angående om AI-alster har en plats i upphovsrätten har tidigare utretts grundligt av Monika Cieplik,<sup>81</sup> och hon kom fram till att det råder stor oklarhet angående om originalitetskravet kan uppfyllas av en sak, men att det om inte annat bör vara möjligt att tillerkänna innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet en närstående rättighet, exempelvis genom ett analogiresonemang till fotografirätten.<sup>82 83</sup>

Det går i förhållande till originalitetskravet att ifrågasätta vad skillnaden är på att skapa ett verk med hjälp av en dator och att göra det med hjälp av ett AI-system, särskilt då AI, som vi kommer att se, inte är tillräckligt autonomt i dagsläget för att vara helt självgående, men

---

<sup>78</sup> Se 1 § första stycket URL, jämte 6 § URL. Notera att samma tankesätt gjorts gällande när det varit tal om att skapa verk med hjälp av en dator, där den eller de personer som bidragit med den erforderliga skapandeinsats som krävs för upphovsrätt har tillmätts rättigheterna, se SOU 1985:51, s.42.

<sup>79</sup> Forsman m.fl., s.17.

<sup>80</sup> Även sådana AI-skapade verk som inte tagit sig fysisk form än utan fortfarande ligger lagrade i AI-systemet bör rimligtvis betraktas såsom verk, jfr. Kottvedgarrd och Levin, s.126, jämte 2 § 2 st URL.

<sup>81</sup> Monika Cieplik, 'När tekniken möter juridiken: hur förhåller sig den svenska upphovsrätten till AI-genererade alster?' (Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet, 2020).

<sup>82</sup> Se 49 a § URL, jfr. 1 § första stycket femte punkten URL.

<sup>83</sup> Se ett kort besvarande av frågeställningarna, Cieplik, s.70-71.

diskussionen gör sig däremot givetvis mer gällande om AI framöver blir så självgående att ett eget rättssubjekt kan anses påkallat. I sådana fall instämmer jag att det är högst oklart om en självgående sak, som framställt sina pokaler, AI-alster, utan mänsklig inblandning kan tillmätas upphovsrätt enligt ”gällande rätt”. Då frågan om AI-alster har en plats i URL och om URL bör anpassas till att bättre tillgodose en sådan plats hur som helst givits betydande utrymme i Cieplik framställning kommer dessa tankar dock lämnas därhän.

#### **1.5.4 Kan AI begå upphovsrättsintrång, hur, och finns undantag?**

Cieplik har även i viss mån berört mina frågeställningar, nämligen om AI kan begå upphovsrättsintrång, hur upphovsrättsintrången ser ut, om det finns tillämpligt undantag som AI kan förlita sig på, eller om det bör finnas. Jag anser dock att Cieplik utrett frågorna översiktligt, utan att gå in på dem i detalj. Exempelvis har hon inte kollat på eventuellt relevanta kringliggande förfoganden, såsom hur man ska bedöma och betrakta att en innovatör inför ML sparar ned behövlig träningsdata på en USB-sticka eller annan minnesenhet. Hon har dessutom bara kollat generellt på om de kopior som AI framställer riskerar utgöra upphovsrättsintrång, och om det finns tillämpligt undantag, utan att dela upp dem i huvud-, under-, säkerhets- och arbetskopior. Därutöver nöjer hon sig med att bara kolla på huvudsakliga tillämpliga undantag, nämligen 11 a § URL och Art. 3-4 i DSM-direktivet, och ett eventuellt införande av ett nytt undantag behandlas också översiktligt.<sup>84</sup>

Hennes avgränsning är givetvis förståelig med tanke på den fortfarande mycket ambitiösa utredning hon gjort i övrigt, men på grund av det ovanstående finner jag att det fortfarande finns ett stort argumentationsutrymme i detta avseende. Jag kommer att kolla närmare på kringliggande förfoganden, utreda de olika typerna av kopior mer i detalj samt kolla på några fler undantag, även om jag inte heller har möjlighet att gå igenom alla. Därutöver kommer jag lägga ett stort fokus på att diskutera om Sverige bör överväga att införa ett nytt undantag likt den amerikanska upphovsrättens fair use-undantagsregel, vilket Cieplik inte har diskuterat. Dock gör hennes ingående utredningar av närståenderättigheter, 11 a § URL och Art. 3-4 i DSM-direktivet att dessa endast kommer beröras relativt översiktligt. Särskilt det senare, då

---

<sup>84</sup> Se återigen de kortare anförda slutsatserna, Cieplik, s.68-70.

Charlotte Gerrish i en masteruppsats genomfört en synnerligen ambitiös utredning angående om DSM-direktivet hindrar eller främjar innovation, AI inkluderat.<sup>85</sup>

### **1.5.5 En import av en amerikansk fair use-komponent i URL**

Även om Cieplik inte har diskuterat ett införande av en fair use-undantagsregel, så har dock andra gjort det tidigare, om än endast ett fåtal personer. Edward De Geer har skrivit en masteruppsats som avhandlat ett hypotetiskt införande av en fair use-undantagsregel i relation till svensk musikjuridik, i vilket han finner det påkallat med en allmänt hållen undantagsregel i svensk upphovsrätt i form av en generalklausul,<sup>86</sup> och David Eriksson har skrivit ett examensarbete som avsåg komparationen svensk och amerikansk upphovsrätt, dock främst med fokus på den amerikanska fair use-undantagsregeln och citaträtten i svensk upphovsrätt, i vilket han kom fram till att ett införande av fair use-undantagsregeln kan bidra med flexibilitet till det upphovsrättsliga systemet.<sup>87</sup>

Inget av det ovanstående förhindrar dock enligt mig att jag gör en utredning angående om en sådan fair use-undantagsregel kan hjälpa sportbilen AI och ML att dra framåt ur ett svenskt perspektiv. Ingen som tidigare forskat kring fair use och svensk upphovsrätt verkar nämligen ha gjort det i förhållande till AI och ML. Sedan pågår visserligen som sagt bland jurister inom EU diskussioner kring ett eventuellt införande av en fair use-undantagsregel och vad det bästa alternativet är för att främja den teknologiska innovationen.<sup>88</sup> Då det däremot fortfarande råder oklarhet om hur den frågan besvaras och innovationen bäst tillgodoses avser jag här att tillföra mitt bidrag till diskussionen, vilket jag anser att det finns utrymme för.

### **1.5.6 Endast sportbilens färd genom Sverige följs här**

På grund av EU-harmoniseringen, och på grund av att en fair use-undantagsregel måste klubbas igenom på EU-nivå, så hade det varit intressant att utreda alla medlemsstaters olika

---

<sup>85</sup> Charlotte Gerrish, 'European Copyright Law and the Text and Data Mining Exceptions and Limitations: With a focus on the DSM Directive, is the EU Approach a Hindrance or Facilitator to Innovation in the Region?' (Juridiska Fakulteten vid Uppsala Universitet, 2019).

<sup>86</sup> Edward De Geer, 'Fair Use Doctrine i svensk musikjuridik: En hypotetisk implementering av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt' (Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling, Linköpings Universitet, 2012-13), s.2.

<sup>87</sup> David Eriksson, 'Fair Use och citaträtten: En komparativ studie av svensk och amerikansk upphovsrätt' (Juridiska Fakulteten vid Lunds Universitet, 2013), s.2.

<sup>88</sup> Notera exempelvis att fair use berördes kort i samband med införandet av DSM-direktivet, se European Parliament, 'The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Technical Aspects' <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/estudes/BRIE/2018/604942/IPOL\\_BRI\(2018\)604942\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/estudes/BRIE/2018/604942/IPOL_BRI(2018)604942_EN.pdf)>, hämtad 9 december 2020.

nationella lagstiftningar och följa sportbilens Europa-tour för att se om ett införande av en sådan undantagsregel finner stöd och är möjlig. Trots EU-harmoniseringen föreligger nämligen skillnader inom den politiska debatten kopplad till upphovsrätten, även om de nationella upphovsrättslagarna i huvudsak ser likadana ut.<sup>89</sup> Av förklarliga skäl kan jag dock inte göra en heltäckande analys och komparation här. Mest intressant för oss är samtidigt hur upphovsrätten ställer sig till sportbilens genomfärd i Sverige, och den svenska upphovsrätten får således i den följande framställningen belysa och användas som en spegel för att på ett övergripande plan visa på hur EU-rätten ställer sig till sportbilen AI och ML och ett eventuellt införande av en sådan amerikansk fair use-undantagsregel.

### 1.5.7 Fair use finns i flera olika former

Precis som i fallet ovan angående att AI ger upphov till en rad juridiska frågeställningar, så finns fair use-konceptet med allmänt hållna undantagsregler i ett 40-tal länder världen över,<sup>90</sup> oftast benämnt antingen fair use eller fair dealing,<sup>91</sup> och att gå igenom och jämföra varje lands undantagsregel är också i princip omöjligt på den tid vi fått tilldelade. Det var inte heller möjligt att genomföra en komparativ studie av alla tre, vilket hade varit spännande då undantagskatalogen i URL, fair use i USA och fair dealing i England tillsammans utgör de tre generella inställningarna till inskränkningar, eller undantag, i upphovsrätten.<sup>92</sup>

En första tanke var då att utreda och jämföra den engelska fair dealing-doktrinen<sup>93</sup>, men den är kraftigt omdebatterad och kritik har framförts bland annat mot att den har för många väghinder att ta sig över.<sup>94</sup> Hållningen finner bland annat stöd vid en översiktlig jämförelse mellan det engelska och amerikanska konceptet, som visar att fair dealing endast tillåter utnyttjanden i tre olika syften,<sup>95</sup> till skillnad från det amerikanska fair use som inte begränsar

---

<sup>89</sup> Tritton m.fl., s.49.

<sup>90</sup> Jonathan Band och Jonathan Gerafi, *The Fair Use/Fair Dealing Handbook* (policybandwidth, 2015), s.1.

<sup>91</sup> Notera att doktrinerna är släkt med varandra, men de skiljer sig också åt i flera avseenden, se Fair Dealing Week <[https://www.uleth.ca/lib/copyright/content/fair\\_dealing\\_week/fair\\_dealing\\_vs\\_fair\\_use.asp](https://www.uleth.ca/lib/copyright/content/fair_dealing_week/fair_dealing_vs_fair_use.asp)>, hämtad 9 december 2020.

<sup>92</sup> Patricia Aufderheide och Peter Jaszi, *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright* (The University of Chicago Press, 2011), s.149.

<sup>93</sup> "Fair dealing"-doktrinen är tillkommen i praxis, se Stig Strömholm, *Europeisk Upphovsrätt: En översikt över lagstiftningen i Frankrike, Tyskland och England* (Kungl. Boktryckeriet P.A. Norstedt & Söner, 1964), s.114, infördes i lag genom the Copyright Act 1911, Band och Gerafi, s.1, och återfinns nu i den senaste engelska lagen CDPA, S.29, 30 och 178.

<sup>94</sup> Giuseppina D'Agostino, 'Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use' CLPE Research Paper 28/2007, Vol. 03 No. 4 (2007) <<http://www.pijip-impact.org/wp-content/uploads/2012/04/Giuseppina-DAgostino-Healing-Fair-Dealing-.pdf>>, hämtad 9 december 2020.

<sup>95</sup> Forskning och utbildning, S.29(1) CDPA, kritik och recension, S.30(1) CPDA, och nyhetsrapportering, S.30(2) CDPA.



utnyttjandets syfte alls, åtminstone inte på förhand.<sup>96</sup> Dessutom finns en farhåga från min sida att den engelska och svenska upphovsrätten liknar varandra för mycket till följd av den sedan 1970-talet pågående EU-harmoniseringen,<sup>97</sup> även om detta visserligen kan förändras när lagändringar till följd av Brexit väl går igenom.<sup>98</sup> För nu ansågs det däremot mer kärnfullt att jämföra den amerikanska upphovsrätten<sup>99</sup> och fair use-undantagsregeln.

### **1.5.8 Fair use handlar mer om kopiering än tillgängliggörande**

Fair use-undantagsregeln lägger störst vikt vid kopiering av verk,<sup>100</sup> vilket kanske inte är så konstigt då ”copyright” vid en direkt svensk översättning blir ”kopieringsrätt”.<sup>101</sup> Då även ML i huvudsak innebär kopiering, så kommer mest fokus läggas på de delar av upphovsrätten som behandlar exemplarframställning, även om tillgängliggörande för allmänheten kommer beröras i viss mån, då det kan vara en direkt följd av ML-processen i ett AI-system.

### **1.5.9 Licensavtal – stoppskyld för fair use och sportbilen AI?**

Jag önskar härmed också tydliggöra att fair use-undantagsregeln inte är det enda alternativ som framförts för att göra upphovsrätten mer flexibel för den teknologiska utvecklingen. Ett annat relativt vida framfört alternativ är att utöka licensavtalsmöjligheterna.<sup>102</sup> Det är dessutom förmodligen nödvändigt att undersöka licensavtalsbiten mer i detalj, eftersom licensavtal är en av de få saker som kan begränsa fair use-undantagsregeln.<sup>103</sup> Jag har dock ingen möjlighet att göra någon djupare analys här, och frågan är hur villig någon skulle vara att begränsa sina fair use-rättigheter i ett licensavtal, även om det säkerligen kan förekomma.

### **1.5.10 Digitala spärrar – en spikmatta för fair use?**

En andra begränsning, som kanske är viktigare i denna framställning, föreligger i att det inte alltid är tillåtet att bryta digitala spärrar för att komma åt material, även om utnyttjandet av

---

<sup>96</sup> 17 U.S.C. § 107.

<sup>97</sup> Ola Silberman, *Upphovsrätt till datorprogram, Sverige i ett internationellt perspektiv* (Institutet för Rättsinformatik, IRI-rapport 1990:4), s.38 och 41.

<sup>98</sup> Intellectual Property Office och Government Digital Service, 'Changes to copyright law from 1 January 2021 del av Brexit transition: new rules for 2021' <<https://www.gov.uk/guidance/changes-to-copyright-law-after-the-transition-period>>, hämtad 25 november 2020.

<sup>99</sup> Den amerikanska upphovsrätten är visserligen baserad på Englands tillika världens första upphovsrättslag, the Statute of Anne 1709, alternativt the Copyright Act 1710 8 Anne c.21, se Paul Goldstein och Bernt Hugenholtz, *International Copyright: Principles, Law and Practice* (Uppl. 2, Oxford University Press, 2010), s.16, men är till skillnad från den engelska upphovsrätten inte EU-harmoniserad.

<sup>100</sup> Slutsats dragen av att kopiering återges som ett exempel i fair use-undantagsregeln, se 17 U.S.C. § 107.

<sup>101</sup> Koktvedgaard och Levin, s.126.

<sup>102</sup> Daniel Westman, 'Rättsliga strategier mot upphovsrättsintrång på nätet - en analys' (Ny Juridik 2:12 s 33), s.34-35.

<sup>103</sup> Aufderheide och Jaszi, s.142.

materialet annars skulle vara att anse såsom fair use.<sup>104</sup> Både amerikansk lag,<sup>105</sup> och URL innehåller rättsregler som förhindrar ett brytande av sådana digitala spärrar.<sup>106</sup> Jag kommer att beröra problematiken i viss mån i bemärkelsen att det riskerar hindra utnyttjandet av verk för ML, men det hade förmodligen också ansetts påkallat med en djupdykning i ämnet, vilket jag tyvärr inte har tid eller utrymme för att göra här.

## 1.6 Begreppsförklaring

Innan vi går vidare ska kort redogöras för två begrepp som används flitigt i uppsatsen, nämligen upphovsperson och innovatör.

### 1.6.1 ”Upphovsperson”

För att framställningen ska bli mer tidsenlig har ”upphovsman” i lagtexten bytts ut till begreppet ”upphovsperson”, vilket inte har någon påverkan alls på argumentationen i övrigt.

### 1.6.2 ”Innovatör”

För att det ska bli enklare för läsaren att hänga med i resonemangen har begreppet ”innovatör” använts genomgående för den eller de som skapar och använder ett AI-system, även i en upphovsrättslig kontext, och även i fall när det exempelvis diskuteras om en innovatör eller innovatörer bakom ett AI-system kan få upphovsrätt till ett AI-alster, vilket normalt sett skulle göra dem till ”upphovspersoner”. Läsaren kan därför känna sig trygg med att när det talas om ”upphovspersoner”, så avses personer vars verk blir utnyttjade av en innovatör eller innovatörer bakom ett AI-system vid ML.

## 1.7 Felkällor

Innan det snart är dags att gå in på vad sportbilen AI och ML är, finns det anledning att göra läsaren uppmärksam på att undertecknad, författare av denna framställning, överhuvudtaget inte har någon teknisk bakgrund. Jag ställer mig därför ödmjuk inför risken att vissa mindre felaktigheter kan förekomma. Vad ett AI-system är och inte är samt vad det kan och inte kan

---

<sup>104</sup> Martin Adams, 'Fair Use and the Digital Millenium Copyright Act' <<https://www.authorsalliance.org/2018/03/02/fair-use-and-the-digital-millenium-copyright-act/>>, hämtad 11 december 2020, jämte Sherri Mabry Gordon, *Downloading Stuff From the Internet: Stealing or Fair Use?* (Enslow Publishers, Inc., 2005), s.33.

<sup>105</sup> The Digital Millenium Copyright Act of 1998 (DMCA).

<sup>106</sup> Kolla exempelvis på S.1201 DMCA och 52 d § URL.

göra är således uteslutande baserat på andras kunskap om tekniken. För att minimera riskerna för felaktigheter har däremot en gedigen genomläsning av böcker och elektroniska artiklar vidtagits, och subjektiva slutsatser av det som lästs hålls till ett minimum.

Kunskapen om AI och ML är dock överlag fortfarande relativt begränsad, och det finns inte särskilt mycket skrivet alls om teknologin, åtminstone inte i en upphovsrättslig kontext. För att kopplingen mellan dessa teknologier och upphovsrätten inte ska baseras på subjektiva slutsatser har framställningens tekniska delar därför också varit tvungna att baseras på vad som tidigare skrivits om och utretts kring andra liknande teknologier, i det här fallet framförallt datorer, eftersom det finns likheter mellan klassiska datorprogram och AI. Med detta i beaktning, så har det blivit dags att kolla på vad sportbilen AI och ML är för något.

## 2. Bakgrund: Vad är sportbilen AI och ML?

Människors första tanke när AI kommer på tal tenderar vara att det rör sig om människoliknande robotar, som så småningom kommer förslava människan och ta över världen, men den typen av hyperintelligent AI existerar endast på film.<sup>107</sup> Om läsaren går in med inställningen att få läsa om mördarrobotar som ska stjäla våra jobb riskerar läsaren att bli besviken, men det finns mycket annat kring AI att bli exalterad över, vilket det följande, utan att bli alltför teknisk, ämnar visa.

Faktum är att vi interagerar med AI nästan varje dag utan att tänka på det.<sup>108</sup> När vi ber Siri eller Alexa att svara på när nästa buss går, Netflix ger oss rekommendationer på filmer eller serier och Google Översätt hjälper oss hitta rätt ord, så interagerar vi med AI-system.<sup>109</sup> Även exempelvis Facebook använder sig av AI för att individualisera flödet av information vi möts av när vi befinner oss på plattformen.<sup>110</sup> Trots att vi har det så nära inpå oss har den höga hastigheten som den tekniska utvecklingen hållit lett till att det är svårt att definiera vad AI egentligen är,<sup>111</sup> vilket kan ha spätt på rädslan för det. John McCarthy, som anses ha myntat

---

<sup>107</sup> Kristian Hammond, PhD, *Practical Artificial Intelligence for Dummies, A Wiley Brand, Narrative Science Edition* (John Wiley & Sons, Inc., 2015), s.1.

<sup>108</sup> Judith Hurwitz och Daniel Kirsch, *Machine Learning for Dummies, A Wiley Brand, IBM Limited Edition* (John Wiley & Sons, Inc., 2018), s.4.

<sup>109</sup> Hammond, s.5.

<sup>110</sup> Olsson 2020, kapitel 1 i avsnittet om Internet och digitaliseringen, stycke 6.

<sup>111</sup> Eric Bylander, *Den datoriserade domaren* (SvJT 2019 s. 1) s.3, <<https://svjt.se/svjt/2019/1>>, hämtad 17 december 2020.

begreppet år 1956, beskrev AI i termer av en maskin som ”beter sig på ett sådant sätt att det skulle klassificeras intelligent, om en människa hade betett sig på samma sätt”.<sup>112</sup>

Utgångspunkten för att förstå AI är åtminstone utifrån McCarthys beskrivning således den mänskliga hjärnan, som står för vår uppfattning av intelligens, och den har varit föremål för forskning i tusentals år, där syftet med forskningen främst varit att förstå *vårt sätt att tänka*. Den nya forskningen om AI tar det däremot ett steg längre, och i stället för att bara förstå, så är målet med den nya forskningsgrenen även att *bygga upp* artificiell mänsklig intelligens.<sup>113</sup> AI kan därför i målade termer beskrivas vara en mänskligt skapad konstgjord hjärna, som vanligtvis byggs upp inom eller förs in i en digital enhet, en dator i olika former,<sup>114</sup> snarare än en robot, även om det senare också förekommer.

För att avgöra om AI är tillräckligt sofistikerad används Turingtestet, som togs fram av Alan Turing redan år 1950, alltså innan begreppet AI existerade. Enligt Turing uppnår en digital enhet artificiell intelligens först när en människa inte förstår att han eller hon skriftväxlar med en maskin.<sup>115</sup> Den digitala hjärnan inom en dator, AI, försöker således genom att lära sig mönster resonera på ett liknande, men ännu långt ifrån identiskt sätt, som en människa.<sup>116</sup>

## 2.1 Vilket “språk” talar AI – och vad är maskininlärning?

För den fortsatta förståelsen av AI är det av vikt att vi förstår hur ett AI-system är uppbyggt och hur läroprocessen går till. För att göra det ska vi kortfattat, och förenklat,<sup>117</sup> gå igenom klassisk datavetenskap, då AI är sprunget ur mer klassiska datorprogrammeringsmetoder, och delar av AI-systemen, åtminstone algoritmerna, fortfarande kräver datorprogrammering.<sup>118</sup>

### 2.1.1 Historisk bakgrund av datorernas språk och datorprogrammering

Datorerna, som introducerades runt mitten av 1900-talet,<sup>119</sup> har beskrivits primitiva och otympliga. Framförallt för att de endast kunde utföra enklare uppgifter, som programmeraren

---

<sup>112</sup> Dory Reiling, ‘Courts and Artificial Intelligence’ (International Journal for Court Administration, 2020), s.2 <<http://doi.org/10.36745/ijca.343.>>, hämtad 16 oktober 2020.

<sup>113</sup> Stuart Russell och Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (Uppl. 3, Pearson Education, Inc., 2010), s.1-2.

<sup>114</sup> “Olika former” belyser att en dator inte enbart är en stationär PC eller laptop, utan kan även vara exv. en smartphone, eller surfplatta. Peter Norton, *Introduction to Computers* (Upp.6., Tata McGraw-Hill, 2008), s.7-8.

<sup>115</sup> Russell och Norvig, s.2.

<sup>116</sup> Norton, s.466.

<sup>117</sup> För en mer heltäckande historisk överblick av datorprogrammering, som daterar tillbaka till silkesvävarna på 1700-talet, vänligen se Kristina Andersson, *Piratkopiering av datorprogram: Ett upphovsrättsligt problem* (nr 59, Juristförlaget, 1991), s.7-9.

<sup>118</sup> Russell och Norvig, s.1.

<sup>119</sup> Silberman, s.12.

på förhand instruerat dem till med hjälp av komplexa kombinationer nollor och ettor,<sup>120</sup> även kallat *maskinkod*, vilket är det enda “språk” datorer talar.<sup>121</sup> Programmeringssättet upplevdes begränsande. Därför utvecklades programmeringsspråk som tillåter programmeraren att delvis använda det mänskliga språket vid skapandet av datorprogram. När dessa språk används är datorprogrammet uttryckt i *källkod*.<sup>122</sup> Utvecklingen har således gjort det enklare för människan att förstå datorerna, men svårare för datorerna att förstå människan.

Källkoden är därför tvungen att översättas till vad som brukar uttryckas i termer av ”i för datorn tolkningsbar form” på ett av två sätt. Det finns ingen anledning att i denna framställning bli alltför tekniskt detaljerad, men i korthet kan följande anföras. En translaterande systemkompilering av ett datorprogram översätter hela källkoden direkt, varpå datorprogrammet sägs föreligga i *objektкод* och resultatet kan återanvändas av datorn.<sup>123</sup> I en interpretativ systeminterpreter översätts källkoden i stället kontinuerligt sats för sats och resultatet lagras aldrig.<sup>124</sup> Alla datorprogram kan alltså bara föreligga i antingen käll- eller objektкод,<sup>125</sup> vilket även gäller för AI och ML-algoritmer, som vi kommer att se.

### 2.1.2 Maskininlärning

ML utgör en underkategori till AI,<sup>126</sup> och används för att utveckla och lära ett AI-system genom inmatning av träningsdata, information av olika slag, snarare än sådan traditionell programmering som redogjordes för ovan.<sup>127</sup> AI är dock som nämnt inte lika sofistikerad som den mänskliga hjärnan, varför AI- och ML-algoritmerna<sup>128</sup>, byggstenarna inom ett AI-system, ändå måste programmeras på sedvanligt sätt för att AI ska kunna lära sig något.<sup>129</sup> När byggstenarna, bestående av AI- och ML-algoritmerna, väl programmerats beskrivs de däremot jobba iterativt, upprepande, med de träningsdata som förs in i syfte att utveckla en

---

<sup>120</sup> Kombinationer av långa rader nollor och ettor är instruktioner uttryckta i binär form. Se Forsman m.fl., s.9.

<sup>121</sup> Ett datorprogram är egentligen endast en mängd instruktioner behövliga för en dators funktion strukturerade på ett visst sätt, se Silberman, s.17-18. Se även SOU 1985:51, s.87.

<sup>122</sup> Andersson, s.13.

<sup>123</sup> Silberman, s.18-19.

<sup>124</sup> Andersson, s.13.

<sup>125</sup> Forsman m.fl., s.10.

<sup>126</sup> Oscar Bexell, *Things you should know about The Internet of Things: Technologies, use cases, projects and strategies* (Solentro, 2020), s.26.

<sup>127</sup> Hurwitz och Kirsch, s.4.

<sup>128</sup> Notera att algoritmer används i de flesta datorprogram, Forsman m.fl., s.10. Algoritmer är egentligen bara avancerade instruktioner för hur ett datorprogram ska behandla data, se Hurwitz och Kirsch, s.28.

<sup>129</sup> Jason Brownlee, 'What if I'm Not a Good Programmer' (Machine Learning Mastery, 2018) <https://machinelearningmastery.com/what-if-im-not-a-good-programmer/>, hämtad 8 december 2020.

AI-modell, vars funktion baseras på de träningsdata som ML-algoritmerna matas med.<sup>130</sup> Innovatörer bakom ett AI-system måste således noggrant välja träningsdata utifrån vad de vill att AI-systemet ska göra,<sup>131</sup> och för den bästa modellen krävs *big data*<sup>132</sup>, som bland annat innefattar extrema datamängder eller evigt föränderlig data.<sup>133</sup>

Två typer av AI-modeller som kan nämnas är diskriminerande- och genererande-modeller, som i sina enklaste beskrivningar endast samlar information och kommer fram till ett av två resultat respektive försöker göra någonting nytt med informationen.<sup>134</sup> De AI-modeller som sedermera utvecklas är antingen online- eller offline-baserade, med vilket menas att en modell lär sig på en löpande basis allteftersom ny träningsdata matas in,<sup>135</sup> respektive att den anses fullärd när den tas i bruk.<sup>136</sup> Vid en jämförelse med traditionell programmering som endast tillåter programmeraren att på förhand instruera ett datorprogram att utföra specifika uppgifter går det här att konstatera att de online-baserade AI-modellerna öppnar upp för datorprogram som inte är begränsade till vad de på förhand fått lära sig. Trots viss mänsklig inblandning finns det i och för sig även i dagsläget olika grader av självgående AI-system, och tre olika typer av ML, kallade övervakad, oövervakad och djup ML.<sup>137</sup>

### 2.1.2.1 Övervakad maskininlärning

Övervakad ML sker främst vid offline-baserade AI-modeller och innebär att människan matar ML-algoritmerna med märkt data. Det kan röra sig om att mata ML-algoritmerna med en mängd bilder på fyrhjuliga fordon och exempelvis märka ut vilka bilder som innehåller en bil och infoga en kort förklaring av vad som utmärker en bil, dess egenskaper, till de märkta bilderna, varpå ML-algoritmerna kommer att lära sig hur en bil ser ut och kunna urskilja en bil från ett annat fyrhjuligt fordon.<sup>138</sup> Det är denna teknik som används exempelvis av Google

---

<sup>130</sup> Hurwitz och Kirsch, s.4. Se även Internet Society, 'Artificial Intelligence and Machine Learning: Policy Paper', under avsnittet om "Machine Learning – Algorithms that generate Algorithms", stycke 1 och "Challenges", stycke 4 <[https://www.internetsociety.org/resources/doc/2017/artificial-intelligence-and-machine-learning-policy-paper/?gclid=CjwKCAiAzNj9BRBDEiwAPsL06mc3SO9jdhBGcN-2F0rYLot5Cxb2TwyTDVidJAj8a1GvLINmU\\_BaRoCWw8QAvD\\_BwE](https://www.internetsociety.org/resources/doc/2017/artificial-intelligence-and-machine-learning-policy-paper/?gclid=CjwKCAiAzNj9BRBDEiwAPsL06mc3SO9jdhBGcN-2F0rYLot5Cxb2TwyTDVidJAj8a1GvLINmU_BaRoCWw8QAvD_BwE)>, hämtad 19 november 2020.

<sup>131</sup> Microsoft Azure, 'Vad är maskininlärning?' <<https://azure.microsoft.com/sv-se/overview/what-is-machine-learning-platform/>>, hämtad 19 november 2020.

<sup>132</sup> Hurwitz och Kirsch, s.5-6.

<sup>133</sup> Big data är dock på samma sätt som källkod vanligtvis åtminstone delvis skrivet i det mänskliga språket och är därför i behov av vad som kallas för datarengöring eller städning, vilka som kompilering till maskinkod översätter de mänskliga orden för att datorn ska förstå inmatad data. Se Hurwitz och Kirsch, s.6 och 8.

<sup>134</sup> Matthew Stewart, 'The Most Important Court Decision For Data Science and Machine Learning' <<https://towardsdatascience.com/the-most-important-supreme-court-decision-for-data-science-and-machine-learning-44cfc1c1bcaf>>, hämtad 11 december 2020.

<sup>135</sup> Alex Smola och S.V.N. Vishwanathan, *Introduction to Machine Learning* (Cambridge University Press, 2008), s.143.

<sup>136</sup> Hurwitz och Kirsch, s.5.

<sup>137</sup> Internet Society, under avsnittet om "Machine Learning – Algorithms that generate Algorithms", stycke 5.

<sup>138</sup> Hurwitz och Kirsch, s.15.

Images när vi vill se en bild på någon eller något.<sup>139</sup> Det är även tänkbart att ML-algoritmerna kan få jobba med en mängd böcker, varpå alla böcker i genren deckare märks ut och beskrivs, om det är den typen av böcker AI-systemet senare ska skriva, varpå en AI-modell för skrivandet av deckarböcker framställs baserat på de mönster ML-algoritmerna identifierar.

### 2.1.2.2 *Oövervakad maskininlärning*

När det kommer till den oövervakade formen av ML är märkning av data inte möjlig då den är okänd,<sup>140</sup> vilket är fallet när det kommer till online-baserade AI-modeller. ML-algoritmerna kan dock själva märka data genom att gruppera och kategorisera tillförd data utifrån dess egenskaper, exempelvis att ett visst inkommet e-mejl utgör skräppost.<sup>141</sup> Ett exempel som anknyter till upphovsrätt kan tänkas vara att ett AI-system tas fram som erbjuder en tjänst till allmänheten att föra in sina favoritrocklåtar, varpå AI-systemet sedan producerar en ny rocklåt baserat på personens favoritrocklåtar. Innovatören eller innovatörerna kan träna ML-algoritmerna att känna igen en rocklåt, men det är omöjligt för innovatörerna att på förhand veta vilka rocklåtar som kommer föras in. Därför är det viktigt att AI-systemet självt kan identifiera rocklåtarna, särskilt om andra genrer än rock förs in.

### 2.1.2.3 *Djup maskininlärning*

Den ML-metod som kommer närmast den mänskliga hjärnan är djup ML.<sup>142</sup> Denna form av ML använder sig i hög utsträckning av *big data* som bränsle till komplexa neurala nätverk i flera lager för att utvinna och bearbeta data.<sup>143</sup> Dessa lager består av ett input-lager, ett eller flera gömda mellanlager, och ett output-lager.<sup>144</sup> Input-lagret matas med data, exempelvis tusentals upphovsrättsligt skyddade böcker, de gömda mellanlagren modifierar böckerna, och output-lagret producerar (förhoppningsvis) ett önskat resultat,<sup>145</sup> vilket här exempelvis skulle kunna vara en ny bok på samma tema eller inom samma genre som de som fördes in.

---

<sup>139</sup> Google Developers, 'ML Practicum: Image Classification' <<https://developers.google.com/machine-learning/practica/image-classification>>, hämtad 19 november 2020.

<sup>140</sup> Shai Shalev-Shwartz och Shai Ben-David, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms* (Cambridge University Press, 2014), s.23.

<sup>141</sup> Hurwitz och Kirsch, s.16.

<sup>142</sup> Se exempelvis Yashodeep Sengupta, 'Deep Learning and the Human Brain: Inspiration, Not Imitation: Learn about deep learning and the human brain' <<https://dzone.com/articles/deep-learning-and-the-human-brain-inspiration-not>>, hämtad 20 november 2020.

<sup>143</sup> Russell och Norvig, s.563 och s.578. Se även Artem Oppermann, 'What is Deep Learning and How does it work?: Learn the most important Basics of Deep Learning and Neural Networks in this detailed Tutorial', kapitel 2, avsnittet om "The Era of Big Data...", stycke 2, <<https://towardsdatascience.com/what-is-deep-learning-and-how-does-it-work-2ce44bb692ac>>, hämtad 19 november 2020.

<sup>144</sup> Hurwitz och Kirsch, s.17.

<sup>145</sup> jfr. likheterna med vad som sker i mer klassiska datorer, se SOU 1985:51, s.40.

Under processen samarbetar tusen- eller miljontals nervtrådar i det eller de neurala nätverk som djup ML använder sig av för att ta in intryck och lära sig av både övervakade och oövervakade AI- och ML-algoritmer,<sup>146</sup> varför allting hänger samman, men komplexiteten vid djup ML är både positiv och negativ. Den är positiv på så sätt att den möjliggör saker som inte annars vore möjliga,<sup>147</sup> men negativ på så sätt att ingen riktigt förstår vad ett AI-system gör eller vad det kan göra i framtiden, vilket kan bero på den lilla inverkan människan här har efter själva ML-processen.<sup>148</sup> Komplexiteten hos avancerad teknologi i allmänhet har exempelvis fått Arthur C. Clarke att likna teknologin vid magi, och flera personer vittnar om en icke-transparent ”black box”-karaktär vid framförallt djup ML.<sup>149</sup> Frågan uppkommer därför huruvida AI via djup ML är ett rättssubjekt eller rättsobjekt, vilket är viktigt att utreda för den fortsatta framställningen när vi talar om upphovsrättsintrång och ansvar för desamma.

### **3. Sportbilen AI, ML och upphovsrättsintrång**

#### **3.1 Föraren eller sportbilen – vem eller vad begår intrång?**

Förhållandet mellan innovatören eller innovatörerna bakom ett AI-system och AI-systemet är otvivelaktigt nödvändigt, på samma sätt som sportbilen är oundgänglig för en race-förare. Trots att det föreligger ett nära förhållande mellan de två, så har innovatören eller innovatörerna och ML-algoritmerna dock olika funktioner vid utvecklandet av ett AI-system. Frågan väcks därför om vad eller vem, om någon, som anses begå upphovsrättsintrång när ML-algoritmerna förses med träningsdata som är skyddad av upphovsrätt. Om vi ser tillbaka till apan Naruto och vad som tidigare fastslagits angående intrång med hjälp av datorer och om att endast människor och inte saker kan tillmätas upphovsrätt, är det möjligtvis även rimligt att göra tolkningen att AI är ett rättsobjekt och inte ett rättssubjekt, vilket leder till bedömningen att endast en människa och inte AI kan begå upphovsrättsintrång.

För att göra en bedömning behöver vi först se till agerandet som leder till intrånget. Om det är så att innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet framställer digitala exemplar genom att kopiera och spara ned upphovsrättsskyddade verk på exempelvis en USB-sticka

---

<sup>146</sup> Hurwitz och Kirsch, s.17-18.

<sup>147</sup> Ett exempel är självkörande bilar, se Corrales Compagnucci m.fl., s.207-208.

<sup>148</sup> Oppermann, se figuren under kapitel 2.

<sup>149</sup> Brett Lantz, *Machine Learning with R: Learn how to use R to apply powerful machine learning methods and gain an insight into real-world applications* (Packt Publishing, 2013), s.205.



eller annan minnesenhet inför ML, så råder knappast någon tvekan om vem som begår upphovsrättsintrånget. Vad blir däremot bedömningen i ett andra skede när innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet för in USB-stickan eller annan minnesenhet i AI-systemet vid ML genom vilket ett AI-system framställer digitala exemplar av inmatad data, bearbetar data inom de mellersta lagren eller i ett tredje skede slutligen producerar ett AI-alster baserat på de data AI-systemet matats med?

Om vi ser till ensamrättsbestämmelserna<sup>150</sup> nämns, till skillnad från vad som gäller för reglerna om upphovsrätt till verk, ingenting om ”den...”<sup>151</sup> eller ”de...”<sup>152</sup>, vilket annars implicerar att det rör sig om en eller flera fysiska personer. Ordalydelsen av ensamrättsbestämmelserna skulle således kunna anses ge vid handen att det inte spelar någon roll vem eller vad som gör upphovsrättsintrång. Dessutom finns exempelvis en undantagsregel som möjliggör tillfällig exemplarframställning bl.a. under förutsättning att det ”utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process”<sup>153</sup>, vilket talar för att annat än en människa kan göra upphovsrättsintrång, men även andra som stadgar exempelvis att ”var och en får...”<sup>154</sup>, vilket får anses syfta till fysiska personer.

Samtidigt kan vi återigen i URL:s sanktionsbestämmelser se att det hänvisas till exempelvis ”den”<sup>155</sup> och ”någon”<sup>156</sup> som begår upphovsrättsintrång. Ordalydelsen av bestämmelserna tyder således på att det är föraren, det vill säga, innovatören eller innovatörerna bakom ett AI-system som skulle anses vara ansvarig(a) för eventuella upphovsrättsintrång i samtliga tre ovan nämnda steg vid en prövning i dagsläget enligt svensk upphovsrätt. Ett AI-system skulle förmodligen endast anses vara ett rättsobjekt, eller i andra termer, ett hjälpmedel<sup>157</sup> i processen, vilket är rimligt även analogivis sett till produktansvarslagen<sup>158</sup> och vad som däri stadgas om skadeståndsansvar för vad en produkt orsakat.

---

<sup>150</sup> Se 2 och 3 §§ URL.

<sup>151</sup> Se 1, 4, 5 och 7 §§ URL.

<sup>152</sup> Se 6 § URL.

<sup>153</sup> Se 11 a § URL.

<sup>154</sup> Se framställning av exemplar för privat bruk, 12 § URL.

<sup>155</sup> Se exempelvis 53 och 54 §§ URL om straff och skadestånd.

<sup>156</sup> Se exempelvis 53c § URL.

<sup>157</sup> Se exempelvis 53 a § andra stycket URL.

<sup>158</sup> Produktansvarslag (1992:18) (PAL).

Det som däremot skiljer ett AI-system från diskussionen som tidigare förts angående klassiska datorprogram och ansvar över produkter är att AI kan göra vissa delar helt på egen hand, exempelvis välja ut vilka inmatade data som ska bearbetas, för att sedan bearbeta dem och framställa någonting nytt, helt och hållet utan en människas ingripande. Samtidigt behöver AI-systemet i ett första läge få relevant data utvald och inmatad i ML-algoritmerna av innovatören eller innovatorerna bakom AI-systemet. Vi har således en situation för handen där ett eller flera rättssubjekt, innovatören eller innovatorerna, eventuellt begår ett eller flera upphovsrättsintrång vid ML av ett rättsobjekt, AI-systemet,<sup>159</sup> som i sin tur eventuellt också begår upphovsrättsintrång vid producerandet av ett andra rättsobjekt, AI-alstret.

Inte ens AI-system upplärda genom djup ML kan dock i dagsläget slå sig fria från vad innovatorerna bakom AI-systemet programmerat AI- och ML-algoritmerna att göra.<sup>160</sup> Alltså, AI-system kan exempelvis lära sig att bli bättre på att skriva en roman ju mer om romaner det tillåts lära sig, men om AI- och ML-algoritmerna programmerats till att ta fram en AI-modell som kan skriva romaner, så kan de i dagsläget fortfarande inte lära sig själva att göra någonting annat, om inte människan aktivt går in och programmerar om algoritmerna. Enligt ”gällande rätt” bör således innovatören eller innovatorerna bakom AI-systemet anses begå upphovsrättsintrången,<sup>161</sup> och AI-systemet, i form av ett datorprogram,<sup>162</sup> endast ett hjälpmedel i processen, precis som ansågs vara fallet när upphovsrättsintrång med hjälp av en dator tidigare varit uppe för diskussion.<sup>163</sup>

Låt nu vara att det på grund av AI-systemets ”black box”- och icke-transparenta-karaktär kan vara svårt att bevisa upphovsrättsintrång, samt att många, särskilt större bolag, drar sig från att göra anspråk gällande i mer än de största fallen, då de i de mediala skrivierna inte sällan fokuseras på ett slags ”David mot Goliat”-scenario.<sup>164</sup> Rent juridiskt är det fortfarande

---

<sup>159</sup> Innovatören eller innovatorerna kan tillmätas upphovsrätt för AI-systemet, datorprogrammet, i sig, vilket således är att betrakta som ett rättsobjekt i lagens mening, se 1 § första stycket andra punkten och 6 §§ URL.

<sup>160</sup> Detta brukar kallas skillnaden på svag och stark AI, varmed det senare i sitt mest extrema fall menas det som tidigare nämndes angående mördarrobotar som ska förslava mänskligheten, se Cieplik, s.20-21. Se även Nina Fitzgerald, Caroline Christian och Stephen Klimis, 'Understanding the IP: When an AI infringes copyright', (5th art., Ashurst LLP., 2020) <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/insights/when-an-ai-infringes-copyright/>>, hämtad 4 november 2020.

<sup>161</sup> Notera att vi utgår ifrån att innovatören eller innovatorerna bakom AI-systemet också är slutanvändaren av detsamma.

<sup>162</sup> Jfr. 1 § första stycket andra punkten URL.

<sup>163</sup> Vid skapandet av ett verk med hjälp av en dator har tidigare föreslagits att datorn endast ska ses som ett tekniskt medel i människans skapandeprocess, se SOU 1985:51, s.42.

<sup>164</sup> Bengtsson och Lyxell, s.60-61.

omoraliskt och olagligt, även om inga åtgärder vidtas, varför vi lämnar de frågorna därhän. I stället ägnas utrymme åt att kolla på vari riskerna föreligger för föraren av sportbilen vid ML.

En första risk ligger i att de data ML-algoritmerna matas med kan vara upphovsrättsligt skyddade, och att innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet således riskerar att göra en rad upphovsrättsintrång, men är all data upphovsrättsligt skyddad?

### 3.2 När riskerar föraren köra mot rött ljus?

En allmän definition av termen data i både det svenska och amerikansk-engelska språket ger vid handen att det rör sig om uppgifter och fakta.<sup>165</sup> Dessa kan vanligtvis i sig knappast anses ge uttryck för någon skapandeinsats eller originalitet, och skyddas som regel inte heller av upphovsrätt.<sup>166</sup> När informationen däremot tar sig uttryck i exempelvis en bild eller bok, så aktualiseras upphovsrättskyddet för hela verket ifråga. Detsamma gäller i det amerikanska rättssystemet, som tillerkänner data upphovsrättsligt skydd så länge den i sig är originell, men inte faktadata.<sup>167</sup> Ibland kan data också vara skyddad som del i samlingsverk<sup>168</sup> eller databas under databasskyddet<sup>169</sup> i URL.<sup>170</sup> Denna närståenderättighet aktualiseras först om databasen i sig inte kan anses utformad eller sammanställd på ett sätt som uttrycker originalitet.<sup>171</sup>

Även om data således inte åtnjuter upphovsrättsligt skydd i dess råa form, så kan data enligt URL antingen skyddas såsom exempelvis del i ett verk eller en databas. Avgörande för bedömningen om sportbilen bör stanna vid det gula ljuset eller fortsätta köra är således vilken typ av data som används. Om ML-algoritmerna matas med kunddata, exempelvis uppgifter eller fakta om hur ofta konsumenter köper en viss produkt, hur de rör sig i en butik eller på vilken dag flest konsumenter besöker butiken, så behöver vi knappast fundera på frågor kring upphovsrättsintrång. Däremot kan vi behöva beakta andra närliggande områden och

---

<sup>165</sup> Svenska Akademien, *Svenska Akademiens ordlista över svenska språket* (Uppl. 14, Norstedts, 2015). Se även Colin McIntosh, *Cambridge Advanced Learner's Dictionary* (uppl. 4, Cambridge University Press, 2013).

<sup>166</sup> Siepel, s.42.

<sup>167</sup> Research Data Management Service Group, 'Introduction to intellectual property rights in data management' (Cornell University) <<https://data.research.cornell.edu/content/intellectual-property>>, hämtad 2 november 2020.

<sup>168</sup> Se 5 § URL.

<sup>169</sup> Se 49 § URL.

<sup>170</sup> Karnell, s.13-14.

<sup>171</sup> SOU 1985:51 s.13.

rättsregler, exempelvis GDPR<sup>172</sup> och lagen om företagshemligheter,<sup>173</sup> men dessa frågor lämnas åt en annan framställning att beakta.

Skulle ett företag i stället använda exempelvis hela böcker vid ML som Google gjorde för några år sedan vid lanserandet av Google Books,<sup>174</sup> så aktualiseras upphovsrättsliga frågeställningar i allra högsta grad. Man bör dock också vara uppmärksam på att vad som vid första anblick framstår som generisk data, exempelvis information om en boks författare, titel och årtal, under vissa förutsättningar ändå kan vara upphovsrättsligt skyddad. Det hör förmodligen till ovanligheterna, men det är tänkbart att exempelvis en boks titel är så originellt utformad att den i sig åtnjuter upphovsrättsligt skydd, och i andra fall kan uppgifterna vara skyddade genom exempelvis katalogskyddet.<sup>175</sup>

Bedömningen i frågan tar dock inte bara sikte på vilken typ av data som används, utan även på vilket sätt den används. En andra gränsdragning som behöver göras är således den mellan bruk och exemplarframställning eller tillgängliggörande för allmänheten.

### **3.3 Ok bruk eller intrång – endast bensin och inte diesel i sportbilen**

Ett brukande av verk som inte innebär framställning av ett eller flera exemplar anses inte utgöra intrång i ensamrätten, under förutsättning att verksexemplaret erhållits på ett lagligt sätt och brukandet inte heller utan lov tillgängliggör verket för allmänheten<sup>176</sup>.<sup>177</sup> Så länge en person bara kollar på exempelvis en tavla som han eller hon köpt av konstnären eller rättighetshavaren på vernissage eller läser en bok som han eller hon köpt i en butik som är auktoriserad återförsäljare av boken utgör brukandet inget upphovsrättsintrång.

På samma sätt som en klassisk sportbil endast går på högoktanig bensin, så uppstår däremot problem om tanken i stället skulle fyllas med diesel och personen får för sig att exempelvis tillverka fler exemplar av boken eller tavlan.<sup>178</sup> När det kommer till AI och ML finns inte det här valet. Det är nämligen till skillnad från vad som gäller för en människa inte möjligt för ett

---

<sup>172</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (Text av betydelse för EES) (GDPR).

<sup>173</sup> Notera också att det inte enbart är en fråga för upphovsrätt, utan även exempelvis lag (2018:558) om företagshemligheter skulle också kunna aktualiseras då den också behandlar information, jfr. 2 §. Se också Bernitz m.fl., s.365.

<sup>174</sup> *Authors Guild v. Google, Inc.* – 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015).

<sup>175</sup> SOU 1985:51, s.60-61

<sup>176</sup> Jfr. 8 § 1 st URL.

<sup>177</sup> Andersson, s.15.

<sup>178</sup> Se 2 § URL.

AI-system som ska lära sig med hjälp av ML att bara kolla på eller läsa verket.<sup>179</sup> Hur ser då upphovsrättsintrången ut vid ML – när tankas sportbilen fel?

### **3.4 Intrång i den ekonomiska ensamrätten**

#### **3.4.1 Den första cylindern i AI-motorn – hur ser intrången ut i input-lagret?**

När ML-algoritmerna tränas upp vid djup ML i syfte att lära sig saker är de tvungna att kopiera och framställa digitala exemplar av de data AI-systemet matas med i input-lagret, oavsett om de data som förs in är av fysisk eller digital karaktär.<sup>180</sup> Dessa exemplar beskrivs vara huvudkopior.<sup>181</sup> Då innovatören eller innovatörerna i de flesta fall också är tvungna att föra in de data som används, har i doktrin uppmärksammats att digital exemplarframställning av huvudkopior även är nödvändig när han eller hon sparar ned de data som ska användas som träningsdata vid djup ML på exempelvis ett USB eller annan minnesenhet.<sup>182</sup> Samtliga förfoganden skulle kunna innebära upphovsrättsintrång enligt yrkesverksamma jurister,<sup>183</sup> och det rör sig i sådana fall om intrång i upphovspersonernas mångfaldiganderätt.<sup>184</sup>

#### **3.4.2 De mellersta cylindrarna i AI-motorn – hur ser intrången ut i mellan-lagren?**

Upphovsrättsintrång i upphovspersonernas mångfaldiganderätt kan dock begås i fler fall. En förutsättning för att AI-systemet överhuvudtaget ska kunna använda sig av de data som förs in och matas till ML-algoritmerna är som tidigare nämnt att de data som förs in, exempelvis text, bearbetas genom översättning till i ”för datorn tolkningsbar form”, vilket i normalfallet är att betrakta som upphovsrättsintrång. Dock har i förarbetena uttalats att när det kommer till datorprogram som måste översätta mänskligt språk till maskinspråk för att alls förstå de data som de matas med och utan att det sker någon som helst skapandeinsats under denna process, så anses sådana bearbetningar av verk inte utgöra upphovsrättsintrång.<sup>185</sup>

---

<sup>179</sup> Intellectual Property Office, 'Open consultation: Artificial intelligence call for views: copyright and related rights, under avsnittet om "Infringement of copyright and database rights by AI"', <<https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights>>, hämtad 20 november 2020.

<sup>180</sup> Stokes, s.18.

<sup>181</sup> SOU 1985:51, s.57.

<sup>182</sup> Oliver Fairhurst, 'When does AI infringe copyright?' (The IPKat, 2019) <<https://ipkitten.blogspot.com/2019/03/when-does-ai-infringe-copyright.html>>, hämtad 2 november 2020.

<sup>183</sup> Fitzgerald, Christian och Klimis.

<sup>184</sup> Se 2 § första och andra stycket URL, mångfaldiganderätten är en del av den ekonomiska ensamrätten.

<sup>185</sup> SOU 1985:51, s.60

När ett AI-system däremot ska skapa någonting av inmatad data, så är AI-systemen, liksom vilket annat datorprogram som helst, tvunget att inte bara översätta språket och framställa huvudkopior av verken, utan även diverse flyktiga underkopior varje gång verken används inom AI-systemet, vilket i relation till djup ML sker vid bearbetningen av verken i mellanlagren. Därtill kan man tänka sig att säkerhets- och arbetskopior av verken framställs under processens gång, vilket också utgör upphovsrättsintrång.<sup>186</sup>

### **3.4.3 Den sista cylindern i AI-motorn – hur ser intrången ut i output-lagret?**

När processen vid djup ML kommit så långt att det är dags att producera ett verk, så kan det också tänkas utgöra ett upphovsrättsintrång i output-lagret, om det producerade verket exempelvis är för likt det verk som ML-algoritmerna matades med.<sup>187</sup> Beroende på vad för typ av AI-system som utvecklas och vad det ska användas till är det dessutom tänkbart att tillgängliggörande för allmänheten kan bli aktuellt, om verken exempelvis säljs eller på annat vis görs tillgängliga för allmänheten,<sup>188</sup> exempelvis en digitaliserad bokdatabas.

### **3.4.4 Spelar processen i AI-motorn någon roll för intrångsbedömningen?**

I regel spelar processen ingen roll, då upphovspersonen eller rättshavaren har ”uteslutande rätt att förfoga över verket genom att framställa exemplar av det” och detta oavsett om det är ”i ursprungligt eller ändrat skick, i översättning eller bearbetning, i annan litteratur- eller konststart eller i annan teknik.”<sup>189</sup> Exemplarsframställning ”innefattar varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis.”<sup>190</sup>

## **3.5 Intrång i den ideella ensamrätten**

När ML-algoritmer matas med verk i syfte att utveckla ett AI-system och för att framställa nya verk som görs tillgängliga för allmänheten är det även tänkbart att upphovspersonens namngivelsesrätt inte kan tillgodoses, om innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet på grund av dess ”black box”-karaktär inte kan se vilka verk som utnyttjats. Det kan också tänkas att verken kan komma att utnyttjas på ett för upphovspersonerna kränkande sätt.

---

<sup>186</sup> SOU 1985:51, s.57.

<sup>187</sup> Fairhurst.

<sup>188</sup> Se 2 § tredje stycket URL.

<sup>189</sup> Se 2 § första stycket URL.

<sup>190</sup> Se 2 § andra stycket URL.

Faktum är således att i princip allting som sker i relation till och inuti ett AI-system, precis som i fallet med mer klassiska datorprogram, kommer i eventuell konflikt med upphovsrätt,<sup>191</sup> och det ansågs redan före AI-systemens tid viktigt att på grund därav finna balans i systemet så att det tillåter både upphovsrättsligt skydd och teknisk utveckling.<sup>192</sup> Vi ägnar därför fokus i det följande åt att utreda om det finns en öppning för AI och ML i dagens undantagskatalog, eller om intresseavvägningen är snedvriden till fördel för de analoga upphovspersonerna och till nackdel för innovatören eller innovatörerna bakom AI och ML.<sup>193</sup>

#### **4. Är URL en återvändsgränd för AI och ML eller fortsätter vägen vidare?**

AI och ML kan trots att de inte nämndes explicit sägas vara ett konkret exempel på de farhågor kring den snabba tekniska utvecklingen som föranledde Infosoc-direktivet<sup>194</sup>, som antogs på grund av de risker som den snabba tekniska utvecklingen ansågs kunna medföra. Det nämndes bland annat att den digitala utvecklingen möjliggjorde snabba kopieringar av upphovsrättsligt skyddade verk.<sup>195</sup> Upphovsrätten utformades för att hantera problem i en analog värld,<sup>196</sup> och teknologin har tidigare beskrivits vara en utmaning för upphovsrätten, men Infosoc-direktivet innebar också en anpassning av upphovsrätten till nya tekniska lösningar, exempelvis genom införandet av undantaget för tillfälliga exemplar. Dock hade AI och ML inte ännu slagit igenom, varför frågan uppkommer hur undantagen, inte bara detta ovannämnda utan även de mer klassiska, ställer sig till AI och ML.

##### **4.1 Framställning av tillfälliga exemplar**

Ett första undantag som skulle kunna bli aktuellt är undantaget för framställning av tillfälliga exemplar,<sup>197</sup> vilket var det enda undantag som var tvingande för samtliga medlemsstater att implementera enligt Infosoc-direktivet.<sup>198</sup> Rekvisiten för regelns tillämpbarhet i ett första skede är att framställningen av tillfälliga exemplar (i) utgör en integrerad och väsentlig del i

---

<sup>191</sup> SOU 1985:51, s.40.

<sup>192</sup> SOU 1985:51, s.38.

<sup>193</sup> Jfr. hur intresseavvägningen egentligen är tänkt att fungera, se SOU 1990:30, s.158.

<sup>194</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet).

<sup>195</sup> Regeringskansliet, Justitiedepartementet, *Ds 2003:35, Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.* (XBS Grafisk Service, 2003), s.1.

<sup>196</sup> Smith m.fl., s.17.

<sup>197</sup> Se 11 a § URL.

<sup>198</sup> Se prop. 2004/05:110, s.46, jämte Art. 5.1, Infosoc-direktivet.

en teknisk process, och (ii) exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen samt (iii) saknar självständig ekonomisk betydelse.

Utifrån rekvisiten kan vi dock direkt konstatera att den exemplarframställning som sker när innovatören eller innovatörerna framställer huvudkopior av verk på en USB-sticka eller annan minnesenhet inte omfattas av undantaget. Inte heller sådana arbetskopior som framställs under arbetet, exempelvis innovatören eller innovatörernas kopior av märkta verk, eller säkerhetskopior som framställs för att arbetet inte ska riskeras gå förlorat omfattas av undantaget. Exemplarframställningen utgör inte en integrerad och väsentlig del i en teknisk process, exemplaren är inte flyktiga då de framställs permanent, och saknar inte heller självständig ekonomisk betydelse, eftersom de föreligger på USB-stickan eller annan minnesenhet i sin helhet, lättillgängliga för innovatören eller innovatörerna. Frågan är dock om huvudkopian som framställs vid inmatning till ML-algoritmerna och i output-lagret, samt de underkopior som framställs automatiskt vid bearbetning i mellanlagren, kan omfattas.

#### **4.1.1 ML uppfyller rekvisitet på integrerad och väsentlig del i en teknisk process**

Cieplik som tidigare försökt applicera bestämmelsen på ML kom fram till att framställningen av exemplar som sker i samband med ML generellt kan anses utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process. Hennes argumentation stödde sig främst på det faktum att AI-algoritmernas funktion kräver de data som förs in i AI-systemet.<sup>199</sup> Det finns ingen anledning att här frångå den bedömningen. Enligt förarbetena ska det finnas en stark koppling till en teknisk process. Ett exempel som anges är att en tillfällig exemplarframställning sker i datorns arbetsminne när en CD-skiva matas in, men ”annan datoranvändning” anses också tillåten, vilket är viktigt här, då tolkningsutrymmet enligt EU-rätten är mycket begränsat.<sup>200</sup>

Situationen kan närmast liknas vid tidigare angivna exempel om att träningsdata lagras av innovatören eller innovatörerna i en USB-sticka eller annan minnesenhet, vars lagrade information sedan förs in som input i ett AI-system vid djup ML för att AI-systemet ska kunna bearbeta verken i mellanlagren. Då djup ML är så komplex att dess ”black box”-karaktär gör det svårt för oss människor att förstå eller få insyn i vad som händer, får den nödvändiga exemplarframställningen av en huvudkopia vid inmatning till ML-algoritmerna i

---

<sup>199</sup> Cieplik, s.36-37.

<sup>200</sup> Prop. 2004/05:110, s.93.



input-lagret och den automatiska exemplarframställningen som sker av underkopior i mellanlagren sammantaget anses utgöra en integrerad och väsentlig del i en teknisk process.

#### 4.1.2 Exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen

När det kommer till att bedöma om exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen får bedömningen göras från fall till fall, som Cieplik föreslår.<sup>201</sup> Hon grundar slutsatsen främst på en av områdets viktigare domar från EU-domstolen (EUD) benämnt *Infopaq I*<sup>202</sup>, i vilket EUD bland annat uttalade att kravet på flyktighet uppfylls om det tillfälliga exemplaret endast består under den kortare tid som krävs och att kopian upphör att existera omedelbart efteråt utan mänsklig hjälp.<sup>203</sup> Det som gör bedömningen svår är att undantaget togs fram främst i syfte att underlätta internetöverföringar,<sup>204</sup> medan AI och ML rimligtvis inte fanns i åtanke när regeln stiftades. Ett exempel på tillfälligt framställda exemplar som dock omfattas av undantaget är caches, som skapas av webbläsare för att internet ska fungera effektivt, och för varje klick som användaren gör på sin dator, så fattar webbläsaren beslut på egen hand om vad som ska läggas till och raderas från cachen.<sup>205</sup>

##### 4.1.2.1 Huvudkopian i input- och output-lagret är inte flyktig

Till skillnad från vad som gäller vid snabba internetöverföringar kräver AI-system många gånger att data, i det här fallet verken, som AI-systemet genom ML-algoritmerna blivit upplärt på lagras för att AI-systemet ska kunna behålla sin fortsatta funktion samt fortsätta utvecklas.<sup>206</sup> Den exemplarframställning av en huvudkopia av verk som sker vid inmatning till ML-algoritmerna i input-lagret är ett exempel på sådana data som vanligtvis kräver lagring. Vid lagring kan framställningen av exemplar knappast anses vara varken tillfällig eller flyktig.<sup>207</sup> Dessutom krävs som vi tidigare konstaterat mänskligt ingripande när det kommer till urval av data, varför det rimligtvis också i regel krävs för att radera inmatad data, åtminstone när det kommer till sådana permanent framställda huvudkopior.

Även om det fanns en teoretisk möjlighet för innovatören eller innovatörerna att utveckla ett AI-system som omedelbart och självständigt kan radera huvudkopiorna av verken som

---

<sup>201</sup> Cieplik s.37.

<sup>202</sup> Mål C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagbladets Forening* [19 juli 2009] EUD I-6569.

<sup>203</sup> Cieplik s.37, med hänvisning till mål C-5/08 p.64.

<sup>204</sup> Olsson 2020, i avsnittet om Rätten att framställa exemplar av verket (mångfaldiganderätten), stycke 4.

<sup>205</sup> Smith m.fl., s.31.

<sup>206</sup> Antonio A. Ginart m.fl., 'Making AI Forget You: Data Deletion in Machine Learning' (Stanford University, 2019), s.2, <<https://papers.nips.cc/paper/2019/file/cb79f8fa58b91d3af6c9c991f63962d3-Paper.pdf>>, hämtad 10 november 2020.

<sup>207</sup> Intellectual Property Office, under avsnittet om "Exceptions to copyright and database right".

används vid ML när de inte längre behövs varpå de framställda huvudkopiorna potentiellt skulle uppfylla rekvisitet, så skulle det innebära att innovatören eller innovatörerna får börja om på nytt varje gång vid ML på samma sätt som att vi själva skulle födas på nytt varje morgon. AI-systemet skulle vara oerhört begränsat och kostnaden samt tidsåtgången alldeles för hög för att det skulle vara rättsekonomiskt försvarbart eller finnas några incitament att skapa AI-system, varför den lösningen inte är praktiskt tänkbar. Den eventuella huvudkopia som framställs i output-lagret är dock alltid permanent och kan därför aldrig anses flyktig.

Cache-kopior uppfyller dock inte heller kravet på flyktighet. Webbläsare lagrar också exemplar av exempelvis bilder i caches som sparas i datorns cache-minne, vilket i regel kräver datoranvändarens aktiva handling för att innehållet ska raderas.<sup>208</sup> Däremot anses de förmodligen tillåtna ändå för att de är av underordnad betydelse i processen. En webbläsare hade kunnat visa innehållet på en webbplats även utan att ta upp tillfälliga kopior som lagras i caches, även om det hade gått långsammare.<sup>209</sup> Frågan är därför om exemplarframställningen av huvudkopior som sker vid inmatningen av verk till ML-algoritmerna också kan anses vara av underordnad betydelse i den tekniska processen och på den grunden uppfylla rekvisitet.

#### *4.1.2.2 Huvudkopian i input- och output-lagret inte heller av underordnad betydelse*

Den huvudkopia som framställs i input-lagret vid ML kan dock inte heller anses vara av underordnad betydelse i den tekniska processen, eftersom data är för ML vad minnet är för människan eller vad bränslet är för sportbilen. Till skillnad från vad som gäller för cache-kopior som bara underlättar webbsurfandet, så är de inmatade verken av fundamental betydelse för att AI-systemet överhuvudtaget ska kunna lära sig att göra någonting och dessutom att fortsätta klara av att göra det. Skulle de inmatade verken raderas får sportbilen motorstopp, och nytt bränsle måste fyllas på i tanken. Huvudkopian som framställs av ett verk är därför varken flyktig eller av underordnad betydelse i processen och undantaget för framställning av tillfälliga exemplar är i sådana fall inte tillämpligt på huvudkopian. Vi kollar därför närmare på om underkopiorna som framställs i mellanlagren kan uppfylla rekvisitet.

---

<sup>208</sup> Se exempelvis Mozilla Corporation, 'Så här rensar du cachen i Firefox' <<https://support.mozilla.org/sv/kb/rensar-cachen-firefox>>, hämtad 21 november 2020.

<sup>209</sup> Lusine Mkhitarian, 'Everything You Need to Know about Cache' <<https://aist.global/en/what-is-cache-why-cache-is-needed>>, hämtad 21 november 2020.

#### 4.1.2.3 *Underkopior i mellanlagren är flyktiga*

Till skillnad från den huvudkopia av ett verk som framställs i input-lagret med innovatören eller innovatörernas hjälp, så sker exemplarframställningen av underkopior vid bearbetningen i mellanlagren automatiskt, och uppgifter tyder på att de inte ens existerar i mer än maximalt en sekund innan de automatiskt raderas.<sup>210</sup> Innovatören eller innovatörerna har ingen del i processen i detta avseende, och de underkopior som framställs får därför anses vara flyktiga.<sup>211</sup> Vi går därför vidare med bedömningen avseende underkopiorna.

#### 4.1.3 **Underkopior i mellanlagren saknar självständig ekonomisk betydelse**

Enligt förarbetena verkar det vara tal om att exempelvis en cache-kopia fortsätter att existera efter att huvudkopian raderats från internet.<sup>212</sup> Här existerar inte underkopiorna i mer än en sekund och raderas sedan. De framställs och raderas så fort inom ett ”black box”-system så att en människa inte kan uppfatta exemplarframställningen,<sup>213</sup> och än mindre har innovatören eller innovatörerna tillgång till kopiorna i detta avseende. De underkopior som framställs i mellanlagren vid djup ML bör därför i allra högsta grad anses sakna sådan självständig ekonomisk betydelse som här är tal om.

De underkopior som framställs i mellanlagren vid djup ML skulle därför kunna vara undantagna enligt undantaget för framställning av tillfälliga exemplar, varför vi kollar närmare på rekvisiten för regelns tillämpbarhet i ett andra skede, som avser att det enda syftet med exemplarframställningen måste vara att möjliggöra ”överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand”<sup>214</sup> eller ”laglig användning”<sup>215</sup>, vilket kräver medgivande från upphovspersonen eller rättshavaren eller att utnyttjandet annars är tillåtet enligt lag.<sup>216</sup>

#### 4.1.4 **Underkopiorna i mellanlagren uppfyller inte rekvisiten i ett andra skede**

AI-system är ingen nätoperatör som ska möjliggöra ”överföring i ett nät mellan tredje parter via en mellanhand” och det är oklart om exemplarframställningen av underkopior i mellanlagren vid ML kan uppfylla kravet på ”laglig användning”. Enligt förarbetena, och

---

<sup>210</sup> BSA, The Software Alliance, 'US: BSA Comments to US Patent and Trademark Office Regarding the Copyright Implications of AI', s.6, <<https://www.bsa.org/files/policy-filings/01102020aicopyrightcmnts.pdf>>, hämtad 12 december 2020.

<sup>211</sup> Jfr. prop. 2004/05:110, s.94.

<sup>212</sup> Prop. 2004/05:110, s.97.

<sup>213</sup> BSA, s.6.

<sup>214</sup> Se 11 a § andra stycket första punkten URL.

<sup>215</sup> Se 11 a § andra stycket andra punkten URL.

<sup>216</sup> Prop. 2004/05:110, s.95, jämte Infosoc-direktivet, skäl 33.

enligt EUD-praxis, som Cieplik kollat på, så framstår det som att ”laglig användning” tar sikte på att möjliggöra att enskilda personer, och inte saker, kan titta på eller läsa verken.<sup>217</sup>

Det är också ytterst tveksamt om ett argument som avser att innovatören eller innovatörernas rätt kan utsträckas till AI-systemets skulle vinna framgång här, det vill säga att innovatören eller innovatörerna anses titta på eller läsa verken genom AI-systemet, då det begränsade tolkningsutrymmet i princip får anses utesluta en sådan tolkning. Det handlar inte primärt om att någon ska kunna ta del av verken, utan ett upphovsrättsligt relevant förfogande i form av exemplarframställning av upphovsrättsligt skyddade verk, vilket gör att underkopiorna inte är undantagna redan på den grunden att de är upphovsrättsligt relevanta.

Möjligtvis skulle innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet dock kunna anförtro sig åt skrivelsen att ”laglig användning” också kan uppfyllas om förfogandet har medgivande från upphovspersonen eller rättshavaren. Det är visserligen svårtänkbart att tusen- eller miljontals upphovspersoner och rättshavare samtliga skulle ge sina medgivanden till ML, men det finns givetvis en teoretisk möjlighet. Ett medgivande gör dock alltid förfoganden som annars skulle vara att betrakta som upphovsrättsintrång tillåtna, varför undantaget inte kan anses uppfyllt på den teoretiska grunden att ”laglig användning” också kan uppfyllas genom att inhämta medgivanden från alla dessa upphovspersoner eller rättshavare.

Förmodligen hade det dock inte hjälpt innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet särskilt mycket ändå att underkopiorna som framställs i mellanlagren är undantagna, om det inte finns något tillämpligt undantag för de nödvändiga huvudkopiorna i relation till djup ML och i input- samt output-lagret. Vi får därför kolla närmare på andra undantag.

## **4.2 Framställning av exemplar för privat bruk**

Ett andra undantag som är tänkbart tillämpligt är undantaget för framställning av exemplar för privat bruk.<sup>218</sup> Där stadgas bland annat att ”var och en får för privat bruk framställa ett eller några få exemplar av offentliggjorda verk”. Det finns inga uppställda begränsningar på vilken teknik som får nyttjas, och det har i förarbetena uttalats att det är tillåtet att lagra framställda kopior på en dators hårddisk,<sup>219</sup> varför det kan finnas en öppning för AI och ML.

---

<sup>217</sup> Cieplik, s.39-40 och prop. 2004/05:110, s.95.

<sup>218</sup> Se 12 § URL.

<sup>219</sup> Prop. 2004/05:110, s.101.

Undantaget bör anses vara tillämpligt på det första förfogandet med ett verk i relation till ML, när innovatören eller innovatörerna bakom ett AI-system framställer en digital huvudkopia av verk på en USB-sticka eller annan minnesenhet. Även framställningen av en huvudkopia som sker vid inmatningen till ML-algoritmerna i input- och den eventuella kopian i output-lagret bör omfattas, eftersom det tidigare ansetts vara tillåtet att överföra verk till en databas.<sup>220</sup>

Det är dock oklart om underkopiorna som framställs i mellanlagren vid ML bör omfattas, då det är AI-systemet och inte människan som framställer underkopiorna i mellanlagren vid ML, jämför skrivelsen ”var och en får...”. Samtidigt har konstaterats att innovatören eller innovatörerna anses vara intrångsgörarna, varför denna omständighet också borde kunna leda till bedömningen att det är innovatören eller innovatörerna som gör exemplarframställningen, varför även underkopiorna i mellanlagren möjligtvis omfattas. En sådan eventuell utvidgning av gällande rätt bör dock inte påverka upphovspersonerna eller rättshavarna i någon större utsträckning, så länge det gäller exemplarframställning för privat bruk.

Rimligtvis hade dock också sådana arbetskopior och säkerhetskopior som innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet framställer fortlöpande omfattats. Frågan är dock om inte flertalet sådana kopior riskerar att gå utöver vad som anses vara tillåtet enligt ordalydelsen ”ett eller några få exemplar...”. Bedömningen får dock göras av domstol från fall till fall, och det är inget som begränsar en fortsatt utredning här.<sup>221</sup>

#### **4.2.1 Endast begränsade delar av böcker får som huvudregel kopieras**

Även om det skulle hålla sig inom ramarna, så föreligger i och för sig en första kraftig begränsning i att endast begränsade delar av ett skriftligt verk får kopieras. Böcker är en av de mest intressanta källorna att hämta inspiration från vid ML, och skrivelsen är givetvis till innovatörens och innovatörernas nackdel, även om den inte helt förtar värdet för innovatören eller innovatörerna, som fortfarande kan tänkas ha nytta även av begränsade delar av böcker, och av de andra verk som får lov att kopieras. I förarbetena har dock samtidigt uttalats att det

---

<sup>220</sup> SOU 1985:51, s.71-72.

<sup>221</sup> Prop. 2004/05:110, s.101.

kan anses tillåtet med kopiering av hela böcker, i undantagsfall, varför det nödvändigtvis inte utgör ett problem, även om det visserligen är begränsat.<sup>222</sup>

#### **4.2.2 Inte tillåtet att framställa exemplar som olovligen offentliggjorts**

En andra begränsning föreligger sedan 2005 i det faktum att verken måste vara offentliggjorda av upphovspersonen eller med dennes medgivande.<sup>223</sup> Det är således inte längre tillåtet att hur som helst kopiera verk för utnyttjande som ligger fritt tillgängliga på internet som kan vara lockande. Innovatören eller innovatörerna bör således vara källkritiska vid urvalet av data vid ML, och skrivelsen begränsar givetvis åtminstone mindre aktörers tillgång till data för djup ML. Dock tar kravet bara sikte på första gången verk offentliggörs, så även om upphovspersonen bara medgivit att boken får tryckas fysiskt, anses den fortfarande offentliggjord ”även om den senare olovligen läggs ut på internet.”<sup>224</sup> Det får dock anses vara omoraliskt att utnyttja verk som tillgängliggjorts olovligen, åtminstone om innovatören eller innovatörerna vet om att så är fallet.

##### *4.2.2.1 Inte tillåtet att kringgå digitala spärrar utan lovlig tillgång*

Med verk utlagda på internet kommer även andra problem, om innovatören eller innovatörerna hoppas kunna utnyttja redan befintliga och uppladdade digitala kopior av offentliggjorda verk. Det är givetvis olagligt att använda olagliga fildelningssajter som inte har medgivande från upphovspersonerna eller rättshavarna att tillgängliggöra verken för allmänheten, och de sidor som har sådana licensavtal, skyddar vanligtvis verken med hjälp av exempelvis digitala spärrar. För att kringgå sådana digitala spärrar krävs i regel antingen medgivande, eller att personen ifråga har lovlig tillgång till verket, och i det senare fallet, så får det endast göras för att personen ifråga ska kunna ”se eller lyssna på verket”,<sup>225</sup> vilket givetvis också fungerar begränsande på tillgången till nödvändig data. Dessutom är det tveksamt om ML-algoritmer och AI-system kan uppfylla kravet på att ”se eller lyssna”.

---

<sup>222</sup> Prop. 2004/05:110, s.103.

<sup>223</sup> 12 § fjärde stycket URL, jämte 8 § URL och prop. 2004/05:110, s.2 och 101, jfr. SOU 1985:51, s.72.

<sup>224</sup> Prop. 2004/05:110, s.101.

<sup>225</sup> Se 52 d § URL.

### 4.2.3 Exemplarframställning får överhuvudtaget inte ske i kommersiellt syfte

Den kanske klart största begränsningen ligger dock i att exemplarframställningen endast får lov att ske för privat bruk.<sup>226</sup> Om det föreligger ens ett uns av kommersiellt syfte någonstans i kedjan så faller undantagets tillämplighet omedelbart.<sup>227</sup> Det är inte heller tillåtet att sprida verken till fler än den närmsta familj- och vänkretsen,<sup>228</sup> varför undantagsregeln är oerhört begränsad. Även om det kan finnas någon eller några hobbyinnovatörer därute som vill framställa ett AI-system för eget privat bruk, så får det vanligaste anses vara att det görs i ett kommersiellt syfte, vilket intygas av yrkesverksamma jurister.<sup>229</sup>

Dock har det ansetts tillåtet att använda undantaget även när det gynnat en egen förvärvsverksamhet,<sup>230</sup> men då har inte det primära syftet varit att göra exemplarframställningen i kommersiellt syfte. Det är visserligen även tillåtet för en privatperson att i vissa fall uppdra åt någon utomstående att utföra exemplarframställningen för privatpersonens privata bruk,<sup>231</sup> varför det inte nödvändigtvis endast måste vara hobbyinnovatörer av egna AI-system som kan luta sig mot undantaget för privat bruk.

Det är visserligen också tänkbart att det även görs icke-kommersiellt, men då främst i syfte att främja samhället, exempelvis genom utbildnings- och forskningsändamål, vilket också hade ansetts gå utöver vad som anses vara privat bruk, även om det i vissa fall potentiellt hade kunnat omfattas av undantaget för framställning och spridning av exemplar inom arkiv och bibliotek, som ibland kan tillåtas att i begränsad omfattning framställa exemplar åt privatpersoner för deras privata bruk.<sup>232</sup> Undantaget för framställning av exemplar för privat bruk är därför ytterst begränsat, och tillåter inte AI och ML att gasa framåt i syfte att utveckla innovationen, skapandet och kulturen i någon större omfattning, varför vi måste söka vidare.

---

<sup>226</sup> Prop. 1992/93:214, s.50.

<sup>227</sup> Prop. 2004/05:110, s.104, jämte Bengtsson och Lyxell, s.46.

<sup>228</sup> Prop. 2004/05:110, s.101.

<sup>229</sup> Fitzgerald, Christian och Klimis.

<sup>230</sup> Prop. 2004/05:110, s.101.

<sup>231</sup> 12 § tredje stycket URL.

<sup>232</sup> Prop. 2004/05:110, s.100.

### 4.3 Framställning och spridning av exemplar inom arkiv och bibliotek

Ett tredje undantag som skulle kunna vara tillämpligt är nyssnämnda undantag för framställning och spridning av exemplar inom arkiv och bibliotek,<sup>233</sup> särskilt när det kommer till AI-system som syftar till att bidra till forskningen i samhället. Undantaget möjliggör nämligen till skillnad från undantaget för framställning av verk för privat bruk att exemplarframställning sker av verk för bland annat forskningsändamål, och inte heller i denna undantagsregel uppställs hinder mot att använda teknik för att göra kopior.<sup>234</sup> Till skillnad från undantaget för framställning av tillfälliga exemplar uppställs dessutom ingen begränsning på att kopiorna måste vara flyktiga eller av underordnad betydelse, men frågan är om det nu aktuella undantaget kan utsträckas till att omfatta alla kopior i en ML-process.

Det är tänkbart att bibliotek exempelvis skulle vilja bygga upp ett AI-system i form av en bokdatabas, som snabbt och enkelt via en sökning på ett ord eller begrepp skulle visa alla relevanta verk, som Google Books, genom inmatning till ML-algoritmer av bibliotekets utbud av böcker, men kan exemplarframställningsrätten utsträckas så långt till att omfatta utvecklandet av ett AI-system genom ML? AI och ML var med största sannolikhet inte på kartan när undantagsregeln tillkom, varför restriktiviteten i tolkningen, som i alla de andra fallen när det kommer till undantagskatalogen i URL, är påkallad. Dock har i förarbetena uttalats att de arkiv och bibliotek som nämns har rätt att digitalisera sina boksamlingar,<sup>235</sup> och detta tillsammans med att tekniken för att åstadkomma det inte är definierad, bör kunna leda till tolkningen att det är tillåtet att framställa en sådan bokdatabas med hjälp av AI och ML.

Undantagsregeln saknar också som sagt begränsningar vad avser kopiorna, varför samtliga sådana kopior som behövs borde anses vara tillåtna. Undantaget är dock begränsat till statliga och kommunala arkiv och bibliotek,<sup>236</sup> framställning för bevarande-, kompletterings- och forskningsändamål,<sup>237</sup> icke kommersiella syften,<sup>238</sup> och spridning till allmänheten får endast ske analogt och bara omfatta ett begränsat urval,<sup>239</sup> samt inte ske digitalt<sup>240</sup> vilket utesluter att

---

<sup>233</sup> Se 16 § URL.

<sup>234</sup> Prop. 2004/05:110, s.158.

<sup>235</sup> Prop. 2004/05:110, s.166.

<sup>236</sup> Prop. 2004/05:110, s.159.

<sup>237</sup> Se 16 § första stycket första punkten URL.

<sup>238</sup> Prop. 2004/05:110, s.161.

<sup>239</sup> Se 16 § första stycket andra punkten URL.

<sup>240</sup> Prop. 2004/05:110, s.163, jfr. skrivelsen "framställs på papper", se 16 § andra stycket URL.



bokdatabasen skulle göras tillgänglig via bibliotekens hemsida.<sup>241</sup> Undantaget är därför av endast begränsat värde i sammanhanget. Märk dock väl att avtalslicenser i vissa fall kan utvidga bibliotekens möjligheter av spridning,<sup>242</sup> men de frågorna lämnas därhän. I stället letar vi vidare i jakten på mer tillgängliga undantagsbestämmelser.

#### **4.4 Framställning av samlingsverk för användning vid undervisning**

Ett fjärde undantag som skulle kunna vara tillämpligt och som återkopplar till vad som sades tidigare under undantaget för framställning av exemplar för privat bruk är undantaget för framställning av samlingsverk för användning vid undervisning.<sup>243</sup> Här avses specifikt samlingsverk, det vill säga originella sammanställningar av flertalet upphovspersoners och rättshavares verk,<sup>244</sup> och en databas är ett exempel på ett sådant samlingsverk.<sup>245</sup>

Det är givetvis tänkbart att det även inom undervisningsverksamheter, likt i biblioteksverksamheter, finns ett intresse av att använda AI och ML för att bygga upp databaser av verk för att göra informationen mer lättillgänglig vid undervisning samt forskning, och det är således eventuellt möjligt här. Även om inte skolverksamheten själv har möjlighet att bygga upp ett sådant AI-system, så kan likt i undantaget för privat bruk, utomstående uppdras att å skolverksamhetens vägnar genomföra exemplarframställningen.<sup>246</sup>

Undantaget är dock begränsat till att endast små delar av verk eller verk av liten omfattning får användas,<sup>247</sup> vilket inte är så problematiskt, men vad som däremot är problematiskt är att det måste gått minst fem år sedan verken offentliggjordes, verk avsedda för undervisning inte får lov att kopieras, och att en avgift trots alla begränsningar ändå måste betalas.<sup>248</sup> Den kanske allra största begränsningen ligger dock i att exemplarframställningen aldrig får ske i annat än endast illustrativt syfte.<sup>249</sup>

---

<sup>241</sup> Prop. 2004/05:110, s.165.

<sup>242</sup> Se 42 d § URL, där upphovspersonerna och rättshavarna dock även har en ”opt-out klausul”.

<sup>243</sup> Se 18 § URL.

<sup>244</sup> Prop. 2004/05:110, s.150.

<sup>245</sup> Se 5 § URL.

<sup>246</sup> Prop. 2004/05:110, s.152-153.

<sup>247</sup> Prop. 2004/05:110, s.150.

<sup>248</sup> Se 18 § första och andra stycket URL.

<sup>249</sup> Prop. 2004/05:110, s.151.

Det illustrativa syftet verkar vara återkommande i undantagskatalogen i URL, och även om det förmodligen fungerar med diskriminerande AI-modeller såsom exempelvis en bokdatabas som lagrar exemplaren inom sig i dess ursprungliga form, så utesluter det i princip de mer intressanta genererande AI-modellerna, som har möjlighet att ta befintliga verk och skapa nya verk, vilket skulle kunna vara samhället till gagn både vad gäller forskning och undervisning samt ett större kulturellt utbyte generellt.

Övriga begränsningar bidrar dock också till att undantaget endast är av begränsat värde när det kommer till att eventuellt framställa ett samlingsverk för användning vid undervisning med hjälp av AI och ML. Om vi exempelvis ser till femårs-begränsningen begränsar den nyttan i det avseendet att exempelvis en bokdatabas där alla verk är över fem år gamla redan kan anses vara utdaterad, exempelvis inom juridikundervisningen, där mycket ändras på en sådan relativt lång period. Vi letar därför vidare i jakten på mer flexibilitet.

## 4.5 Citaträtten

Ett femte undantag som potentiellt är tillämpligt är citaträtten, som är en av de, om inte den mest generella undantagsregeln, svensk upphovsrätt har i undantagskatalogen. Hela paragrafen lyder att ”var och en får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet.”<sup>250</sup> Här har vi också anledning att återkomma till vad som tidigare nämnts om att det råder oklarhet angående om AI-system vid exempelvis ML kan kolla på eller läsa ett verk och ta till sig informationen. Vissa menar på att AI-system, och då framförallt genererande AI-modeller, kan hämta inspiration från exempelvis andra böcker sedan de kopierats och matats in till ML-algoritmerna för att skapa nya verk, medan andra menar på att det de genererande AI-modellerna egentligen gör är att de tar en massa lösryckta meningar eller citat från andra böcker och skapar en ”ny” bok.

Medan en ”black box”-karaktär fortfarande kringgärdar djup ML kommer vi förmodligen aldrig veta hur det egentligen ligger till, men det skulle kunna vara så att AI-systemen citerar böcker, varför vi kollar närmare på undantagsregelns tillämplighet. Citaträtten ställer inte upp särskilt många krav som måste vara uppfyllda, men om vi återigen kollar på vad som tidigare sagts om databaser, så har det i förarbetena uttalats att kring-text är nödvändig och att det inte

---

<sup>250</sup> Se 22 § URL.

är tillåtet att endast sammanställa en massa lösryckta citat.<sup>251</sup> En AI-modell som helt och hållet använder sig av citat vid ML skulle därför förmodligen inte kunna förlita sig på paragrafen, även om endast begränsade citat tas ur hela verk.

#### **4.5.1 Huvudkopior kan inte undantas genom citaträtten**

Av det ovanstående, och mot bakgrund av den generella restriktivitet som anses påkallad vid tolkning av undantagsreglerna, så bör det rimligtvis också alltid anses gå utöver gränsen för vad som anses tillåtet, om hela verk skulle citeras för huvudkopior i relation till ML och vid inmatning till ML-algoritmerna samt vid en eventuell output, om det är så att huvudkopior som framställs här är för lik de verk ML-algoritmerna matades med. Det får anses följa redan av god sed, även om AI-systemet visserligen kan tänkas behöva citera hela verken för att på ett tillfredsställande sätt kunna dra inspiration av dem, att det inte är tillåtet enligt citaträtten att utnyttja ett helt verk, trots att det utgör en ”omfattning som motiveras av ändamålet.”

#### **4.5.2 Underkopior kan kanske undantas genom citaträtten**

Det är också oklart i vilken utsträckning ett AI-system skulle kunna förlita sig på citaträtten vid bearbetning i mellanlagren vid ML, även om det skulle finnas ett undantag som möjliggör exemplarframställning av de föregående huvudkopiorna. Det borde möjligtvis följa redan av reglerna för upphovsrätt till bearbetning, som kräver att upphovspersonen åtminstone gjort någonting annat än att bara kopiera det ursprungliga verket, att det inte är tillåtet att basera ett nytt verk helt och hållet på citat.<sup>252</sup> Om kortare citat däremot används och AI-systemet självt kan tillföra originell kring-text, så kanske det finns viss tillämplighet av undantaget. Även om underkopior anses tillåtna enligt ”gällande rätt”, så omfattas ändå inte huvudkopiorna, varför vi går vidare och kollar på ett sjätte, sjunde och sista eventuellt tillämpligt undantag.

### **4.6 Undantagen för TDM lyfter potentiellt bommen för sportbilen**

De sista eventuellt tillämpliga undantagen som kommer att utredas är de relativt nyligen antagna undantagen för text- och datautvinning (TDM), som ska implementeras i svensk upphovsrätt senast den 7 juni 2021.<sup>253</sup> Undantagen för TDM har framhållits vara ett försök av

---

<sup>251</sup> SOU 1985:51, s.74.

<sup>252</sup> Se 4 § URL.

<sup>253</sup> Se Art.3-4, DSM-direktivet, jämte Regeringskansliet, ’Genomförande av EU:s nya upphovsrättsdirektiv’ <<https://www.regeringen.se/artiklar/2019/05/genomforande-av-eus-nya-upphovsrattsdirektiv/>>, hämtad 15 december 2020.

EU att försöka anpassa upphovsrätten till AI och ML, men samma försök har dock kritiserats för att, liksom resten av det EU-upphovsrättsliga systemet, vara alldeles för begränsat.<sup>254</sup>

Innan vi kollar närmare på varför det riktats kritik mot undantagen, så ska begreppet TDM snabbt förklaras. TDM kan sägas vara ett slags försteg till ML som handlar om att få tillgång till information och har beskrivits vara en ”automatiserad analysteknik som används för att analysera text och data i digital form för att generera information, inklusive, men inte begränsat till, mönster, trender och samband” och information kan hämtas ur ” t.ex. text, ljud, bild eller data.”<sup>255</sup> Utnyttjande av TDM riskerar således också att krocka med upphovsrätter.

#### **4.6.1 Forskningsändamål är tillåtna och undantaget stöttar upp befintliga undantag**

Det första undantaget för TDM är begränsat till datautvinning för forskningsändamål vid forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner.<sup>256</sup> I det förstnämnda inkluderas bland annat universitet med tillhörande bibliotek som bedriver undervisningsverksamhet,<sup>257</sup> och i det senare inkluderas bland annat arkiv och bibliotek.<sup>258</sup> Undantaget för TDM kan således möjligtvis användas tillsammans med de tidigare angivna undantagen framställning och spridning av exemplar inom arkiv och bibliotek och framställning av samlingsverk för att skapa en ganska bra grund för AI och ML. Genom TDM-undantaget blir det exempelvis möjligt att utvinna information ur tillgängliga böcker i biblioteket, snabbt få reda på vilka böcker som är relevanta, och sedan mata ML-algoritmerna med böckerna. Kopiorna som framställs med hjälp av undantaget tillåts härmed också att vara beständiga.<sup>259</sup>

Problemet kvarstår dock fortfarande att undantaget är begränsat till att endast avse forskningsändamål, medan man kan tänka sig att AI och ML har stor potential även inom andra områden, och inte minst inom företagsvärlden. Det andra TDM-undantaget är dock mer generellt utformat, varför vi kollar närmare på det.

---

<sup>254</sup> The Center for Democracy & Technology, 'Comments of the Center for Democracy & Technology On the World Intellectual Property Organization's Conversation on Intellectual Property Protection and Artificial Intelligence, s.7, <[https://www.wipo.int/exports/sites/www/about-ip/en/artificial\\_intelligence/call\\_for\\_comments/pdf/org\\_cdt.pdf](https://www.wipo.int/exports/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/org_cdt.pdf)>, hämtad 12 december 2020.

<sup>255</sup> Se Art.2(2), jämte skäl 8 DSM-direktivet.

<sup>256</sup> Se Art.3(1), DSM-direktivet.

<sup>257</sup> Se Art.2(1), DSM-direktivet.

<sup>258</sup> Se Art.2(3), DSM-direktivet.

<sup>259</sup> Se Art.3(2), DSM-direktivet.

#### **4.6.2 Bommen slår dock ned hårt på andra syften än forskningsändamål**

I det andra TDM-undantaget uppställs inga begränsningar på vem eller vad som får lov att göra TDM.<sup>260</sup> Här får dock inte de framställda exemplaren lagras, utan måste raderas när de inte längre är nödvändiga för TDM.<sup>261</sup> Samtidigt finns ingen begränsning på att TDM inte får göras i kommersiella syften. Den bom som här verkar ha öppnats för ett mer generellt undantag som öppnar upp för utveckling av AI och ML slår dock ned hårt när det längre ned i undantaget står att upphovspersoner eller rättshavare kan välja att reservera eller begränsa tillgängligheten av deras verk för TDM-ändamål. Som Cieplik själv också konstaterar är undantaget därmed också oerhört begränsat.<sup>262</sup> URL tillika svensk upphovsrätt verkar således inte ha något tillfredsställande undantag, och vad innebär det för Sverige och sportbilen?

### **5. Varför är det ett problem att sportbilen saknar en undantagskomponent?**

Sportbilen AI och ML är potentiellt de två hetaste innovationsformerna på marknaden just nu, och många länder runtom i världen ser över möjligheterna att underlätta för innovatörer att nyttja dess fulla potential. Sverige riskerar därför i brist på ett tillämpligt undantag att hamna långt bak i den hårda konkurrensen, bakom exempelvis Kina och USA, som är ledande på området. Det kan härigenom i brist på erforderlig data ha avsevärda konsekvenser på Sveriges ekonomi och kultur, vilket vi kommer att diskutera mer i detalj senare.

Långt ifrån all data som används vid utvecklandet av AI-system genom ML är dock upphovsrättsligt skyddad och medgivanden kan åtminstone fortfarande teoretiskt inhämtas från varenda upphovsperson eller rättshavare, varför en anpassning av URL möjligtvis inte behövs, men det finns betydande svårigheter med båda tillvägagångssätten vid utvecklingen av AI-modeller, åtminstone på upphovsrättens område, vilket det följande ämnar visa. De kanske största motsättningarna innovatören eller innovatörerna bakom ett AI-system möter i den svenska upphovsrätten vid ML är nämligen att de i brist på ett tillämpligt undantag är begränsade till att be om medgivanden från varenda upphovsperson eller rättshavare, använda data som tillhandahålls fritt, eller använda gamla verk som inte längre skyddas.

---

<sup>260</sup> Se Art.4(1), DSM-direktivet.

<sup>261</sup> Se Art.4(2), DSM-direktivet.

<sup>262</sup> Cieplik, s.43.

## 5.1 Be om medgivande från samtliga upphovspersoner

Som nämnt är innovatören eller innovatörerna bakom ett AI-system vid ML i brist på ett tillämpligt undantag tvungna att inhämta medgivanden från samtliga upphovspersoner eller rättshavare, vars upphovsrättsskyddade verk innovatörerna avser att använda som träningsdata till ett AI-system. Ha då i åtanke att det kan krävas tusen- eller miljontals verk vid ML. Ett första hinder är att den långa skyddstiden kan försvåra innovatörernas möjligheter att hitta rätt upphovsperson eller rättshavare att fråga,<sup>263</sup> och även om det vore fysiskt möjligt att inhämta medgivanden från tusen- eller miljontals upphovspersoner eller rättshavare, kräver dessa också oftast ekonomisk kompensation för rätten att nyttja verken.<sup>264</sup>

Kravet på ekonomisk kompensation för utfört arbete är visserligen i sig inte konstigt, utan får anses vara något i princip alla egentligen förväntar sig,<sup>265</sup> och att upphovspersonerna förtjänar ekonomisk kompensation är en tanke som följer av incitaments- och belöningsteorin. Den rättspolitiska bakgrunden till URL tar avstamp i tankar om en rätt för upphovspersonen till inkomst och erkännande,<sup>266</sup> vilket återspeglas i ensamrättsbestämmelserna<sup>267</sup>. Rättsläget går dock att kritisera utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv, och genom anläggandet av en neoklassisk nationalekonomisk utbud- och efterfrågemodell,<sup>268</sup> eller som den uttryckts tidigare i en upphovsrättslig kontext, utbud- och utnyttjande-modell.<sup>269</sup>

Låt säga att ett eller flera verk är vitala för ett eller flera AI-system. Utbudet är således begränsat och efterfrågan på utnyttjande hög. Upphovspersonen eller rättshavaren kommer förmodligen att uppmärksamma detta och begära stora summor pengar, särskilt om det bara är en person som äger rätten till verket. Upphovspersonen eller rättshavaren befinner sig i en monopol-liknande situation på marknaden,<sup>270</sup> och innehar makten som ”prissättare”,<sup>271</sup> det vill säga en Extremsituation i vilken de tillåts sätta i princip vilket pris de vill. Ensamrätten

---

<sup>263</sup> Koktvedgaard och Levin, s.197.

<sup>264</sup> Karnell, s.14-15.

<sup>265</sup> Koktvedgaard och Levin, s.24.

<sup>266</sup> Olsson 2020 i kapitel 1 om Upphovsrättens rättspolitiska bakgrund, stycke 2.

<sup>267</sup> Se 2 och 3 §§ URL.

<sup>268</sup> Eklund, s.56.

<sup>269</sup> Bergström s.15.

<sup>270</sup> Situationen motsvarar inte fullt ut vad som inom nationalekonomin brukar avses med ett monopol, eftersom det vanligtvis brukar handla om företag som tillhandahåller hela marknadsutbudet av en viss typ av vara eller tjänst, exempelvis Systembolaget. Dock kan den uppmålad Extremsituationen anses monopolliknande, om det är så att verket eller verken är av grundläggande betydelse för AI-systemet och inga andra verk kan uppfylla samma funktion, eller redan på den grund att upphovspersonen eller rättshavaren har ensamrätt till det egna verket jfr. definitionen av monopol i en nationalekonomisk kontext i Eklund, s.85.

<sup>271</sup> Eklund, s.81.

har givetvis givits för att ge dem incitament,<sup>272</sup> men resultatet riskerar bli att makten missbrukas och att innovatörerna inte har råd att licensiera verken och att AI-systemet i brist på nödvändig träningsdata tvingas skrotas, vilket leder till ineffektivitet på marknaden.

Däremot kan vi ställa oss frågan vad som skiljer AI och ML från vad som gäller i andra fall när någon behöver tillgång till verk. Den största skillnaden ligger i mängden verk som krävs. Låt säga att genomsnittspriset för en bok i dagsläget är 500 kr och att innovatören till ett AI-system behöver 100 000 olika böcker till ML av ML-algoritmerna i AI-systemet. Det skulle innebära en kostnad på 50 000 000 kr endast för träningsdata, vilket är en kostnad som förmodligen bara de största bolagen skulle kunna möta. Incitamenten för upphovspersonerna eller rättshavarna skulle givetvis bestå med nuvarande ordning, men det är uppenbart att innovationen av AI och ML hade begränsats och behövt stå tillbaka. Nu förutsätter vi givetvis också att samtliga upphovsrättshavare och rättshavare ger sina medgivanden, vilket inte alls är en självklarhet i verkligheten, vilket kan få ytterligare begränsande effekter.

## **5.2 Begränsade till att använda data som tillhandahålls fritt**

Alla verk är visserligen inte upphovsrättsligt skyddade, men finns det tillräckligt mycket bra och tillgänglig information för djup ML? Om AI-systemen inte har en tillräcklig mängd, tillräckligt bra eller rentav felaktig data kommer sportbilen inte att fungera normalt, och den kommer begå fel.<sup>273</sup> Med anledning av det nyssnämnda går det att identifiera flera risker med fritt tillgängliga verk som kommer att utredas kortfattat i det följande.

### **5.2.1 Verken som tillhandahålls fritt var inte tillräckligt originella för att få skydd**

En första risk som kan identifieras med att innovatörerna bakom AI-system är bundna till att använda fritt tillgängliga verk är att AI-systemen vid ML måste tränas upp på verk som inte var tillräckligt originella för att kunna få upphovsrättsskydd. För många fritt tillgängliga verk är det säkert sant. Professionella författare, konstnärer och musikkompositörer och så vidare livnär sig vanligtvis på den ekonomiska ensamrätten till verken. För kulturarbetare har dessutom arbetslösheten tidigare varit relativt hög och den ekonomiska kompensationen liten trots att de jobbat fler timmar än genomsnittet.<sup>274</sup> Det får därför anses höra till ovanligheterna att upphovspersonerna ger bort sina verk och levebröd gratis, även om det förekommer.

---

<sup>272</sup> Aufderheide och Jaszi, s.16.

<sup>273</sup> Hurwitz och Kirsch, s.6-7 och 34.

<sup>274</sup> Tobias Brandel, 'Allt fler lever på sin konst' <<https://www.svd.se/allt-fler-lever-pa-sin-konst>>, hämtad 26 november 2020.

### 5.3 Creative Commons – flyttar upphovsrätten till avtalsrätten

Ett exempel på när verk tillhandahålls gratis är Creative Commons (CC), vilket har beskrivits vara en zon i ensamrätten inom vilken upphovspersoner väljer att dela med sig av sina verk för att dels hjälpa varandra, dels bidra till kulturen och samhället i stort.<sup>275</sup> Alla verk behöver således inte vara ooriginella bara för att de tillhandahålls gratis. När det gäller CC är systemet faktiskt bra på många sätt. CC utvecklades av några av de mest framstående immaterialrätts- och cyber law-experterna och är en sammanslagen licens- och affärsmodell. Den har sedan införandet i början av 2000-talet blivit väldigt populär.<sup>276</sup> Ett exempel på när CC kan och har använts vid ML är när IBM använde miljoner av Flickr-användares uppladdade porträttbilder för att kunna förbättra ansiktsgenkänningsalgoritmer,<sup>277</sup> vilket bevisar dess relevans för ML.

#### 5.3.1 Begränsande avtalsvillkor vid CC-licenser

Även om materialet som tillhandahålls gratis under CC ibland kan användas vid ML och är materiellt bra, så kan dock ett problem tänkas föreligga i licensdelen av CC-modellen. Ett licensavtal uppställer vanligtvis olika villkor för utnyttjandet av materialet eller verken, och CC-licenser är inget undantag. Det finns totalt sex stycken olika CC-licenser,<sup>278</sup> vars villkor är av mer eller mindre flexibel karaktär.<sup>279</sup> Upphovspersonen väljer själv vilken CC-licens som ska gälla för hans eller hennes verk, och trots att det finns exempel på när innovatörerna bakom ett AI-system kan förlita sig på en CC-licens, så är det otvivelaktigt att det föreligger en risk för att avtalsvillkoren kan verka begränsande för AI vid utnyttjanden av verk vid ML.

#### 5.3.2 Osäkerhet vid avtal i stället för lag och ovilja leder till begränsat utbud

Utöver villkorsbegränsningar innebär licensdelen att det upphovsrättsliga regelverket på sätt och vis sätts ur spel och att förhållandena i stället regleras i avtal.<sup>280</sup> Reglering i avtal är visserligen tillåtet då URL i stora drag är av dispositiv karaktär,<sup>281</sup> men det finns givetvis

---

<sup>275</sup> Aufderheide och Jaszi, s.12.

<sup>276</sup> Merima Bruncevic, *Fixing the Shadows: Access to Art and the Legal Concept of Cultural Commons* (Skrift 016, Juridiska Institutionens skriftserie vid Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, 2014), s.312-313.

<sup>277</sup> Olivia Solon och Joe Murphy, 'Facial Recognition's Dirty Little Secret': Social Media Photos Used Without Consent' (*NBC News*, 2019) <<https://www.nbcnews.com/tech/internet/facial-recognition-s-dirty-little-secret-millions-online-photos-scraped-n981921>> hämtad 26 november 2020.

<sup>278</sup> De olika CC-licenserna heter (CC BY), (CC BY-SA), (CC BY-ND), (CC BY-NC), (CC BY-NC-SA), och (CC BY-NC-ND), se Creative Commons, 'What are the different types of CC licenses?' <<https://creativecommons.org/index.php/uFAQs/what-are-the-different-types-of-cc-licenses/>>, hämtad 26 november 2020.

<sup>279</sup> CC-licensen (CC BY) är den mest öppna av de sex, och tillåter en rad förfoganden med verken, till och med om det sker i kommersiella syften så länge som upphovspersonens ideella rätt respekteras, och på andra sidan spektrumet finner vi CC-licensen (CC BY-NC-ND), den mest restriktiva, som endast tillåter att verken delas med andra och ingenting annat, under förutsättning att den ideella rätten respekteras.

<sup>280</sup> Ett CC-licensavtal innebär dock inte att upphovsrätten överläts, jfr. 3 kap. URL och 1 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL).

<sup>281</sup> Vissa regler, exv. eftergivande av de ideella rättigheterna, är begränsat dispositiva, se 3 § tredje stycket URL.



alltid risker med att låta andra än lagstiftaren reglera juridiska förhållanden. När en CC-licens är på plats kan den exempelvis inte dras tillbaka, till skillnad från ett medgivande i URL, vilket kan leda till att upphovspersonen ger bort mer kontroll över sitt verk än önskat, särskilt om det visar sig att denne valt ”fel” CC-licens och att någon annan tjänar pengar på verket på upphovspersonens bekostnad utan möjlighet att stämma för upphovsrättsintrång.<sup>282</sup>

Det är på grund av det nyssnämnda tänkbart att långt ifrån alla upphovspersoner är bekväma med CC-licenser eller ens vill använda dem, även om de har tillräcklig kunskap om dem. En sådan ordning gör givetvis risken för ett begränsat utbud starkt gällande, vilket möjligtvis får till följd att innovatörerna bakom AI-system inte alltid får tag i tillräckligt mycket material vid ML. Samtidigt uppgavs närmare två miljarder CC-licenserade verk finnas förra året,<sup>283</sup> men den siffran är med stor sannolikhet inte lika imponerande när man ser till hur många upphovsrättsligt skyddade verk det finns i världen som inte omfattas av CC-licenser. Det är därför ofrånkomligt att CC-licenser, även om de kan vara bra för ML i vissa fall, tillhandahåller ett begränsat utbud,<sup>284</sup> vilket gör att även sportbilens framfart begränsas.

#### **5.4 Gamla verk är i princip fria att använda men begränsar**

Innovatörer bakom ett AI-system kan vid ML visserligen använda verk som tidigare åtnjutit upphovsrättsskydd, men vars upphovsrätt numera upphört gälla.<sup>285</sup> Utbudet av gamla verk borde vara ganska stort, och kvaliteten på verken god, åtminstone om vi talar om mer klassiska och omtalade verk, vars utnyttjanden i och för sig begränsas genom klassikerskyddet<sup>286</sup>. Ett exempel på ett AI-system vars ML-algoritmer lärdes upp på gamla verk är det AI-system som skapade den mycket omsusade tavlan ”The Next Rembrandt” efter att ha blivit matat med 346 stycken över 350 år gamla Rembrandt-målningar.<sup>287</sup> Bevisligen kan således även gamla verk som inte längre omfattas av upphovsrätt ha relevans vid ML.

---

<sup>282</sup> Robet Harington, ’Copyright, Creative Commons, and Confusion’ (*The Scholarly Kitchen*, 2020) <https://scholarlykitchen.sspnet.org/2020/04/20/copyright-creative-commons-and-confusion/> hämtad 26 november 2020.

<sup>283</sup> Creative Commons, ’Creative Commons Annual Report 2019’ (Creative Commons, 2020), s.6, [https://wiki.creativecommons.org/images/2/20/CC\\_AnnualReport\\_2019.pdf](https://wiki.creativecommons.org/images/2/20/CC_AnnualReport_2019.pdf) hämtad 27 november 2020.

<sup>284</sup> Aufderheide och Jaszi, s.13.

<sup>285</sup> Den ekonomiska rätten sträcker sig i regel 70 år efter upphovspersonens bortgång, 43 § URL.

<sup>286</sup> Klassikerskyddet omfattar ”den andliga odlingens intressen” och innebär främst ett skydd mot att klassiska mästerverk förvanskas eller på annat sätt missbrukas på ett ovärdigt sätt, se 51 § URL, jämte prop. 1960:17, s.34 och 275.

<sup>287</sup> ING m.fl., ’The Next Rembrandt: Can the great master be brought back to create one more painting?’ (*Nextrembrandt*, 2016), <nextrembrandt.com> hämtad 27 november 2020. Rembrandts målningar tillhör på grund av verkens ålder vad som inom engelskan brukar kallas för ”Public domain works”, se Aufderheide och Jaszi, s.141.

När det kommer till att skapa ”nya klassiker” av gamla som i ”The Next Rembrandt” är det otvivelaktigt så att gamla verk kan vara av relevans. Innovatörer som ägnar sig åt liknande nyskapande har även åtminstone i dagsläget starka ekonomiska incitament att utveckla AI och ML för dessa syften. Världens första AI-skapade tavla att auktioneras ut såldes exempelvis för 432 500 dollar. AI-systemet matades i detta fall med totalt 15 000 tavlor från ett spann på ungefär 600 år,<sup>288</sup> och frågan uppkommer därför om det finns tillräckligt många gamla verk när AI-system och ML blir allt vanligare och allt fler börjar skapa ”nya klassiker”. Det är visserligen tänkbart att AI-systemen precis som en fysisk konstnär kan variera sig, men det finns en viss borte gräns för det, särskilt om inspiration bara kan hämtas från ett begränsat utbud bestående av äldre verk.

Det finns således en överhängande risk att AI-systemen återigen blir begränsade i vad de kan tänkas åstadkomma om de behöver matas med gamla verk, särskilt om det gäller AI-system som exempelvis avser skriva läroböcker. Bara tio år från nu är det tänkbart att den kunskap vi har om AI idag är av endast liten betydelse, varför det knappast lönar sig att utnyttja dessa verk vid ML av ett AI-system som ska skriva om AI i framtiden. Tänk då ett verk som skrevs på 1950-talet när begreppet myntades. Dagens rättsordning klingar därför inte väl med ett av upphovsrättens viktigaste motiv, som är att främja innovation.

Det avser visserligen innovation i alla dess avseenden, men den bästa typen av innovation får anses vara den som för kulturen framåt, inte den som ägnar sig åt nyskapande i en svunnen tid. Efterfrågan hos allmänheten efter ”nya klassiker” lär också mättas efter hand på grund av avtagande marginalnytta, varpå innovatörernas incitament att skapa gradvis avtar. Gamla verk är och kommer därför inte vara fullt tillfredsställande när det kommer till AI och ML.

## **6. En ny undantagskomponent behövs och har politiskt stöd**

I ljuset av vad som ovan sagts går det att konstatera att URL i dagsläget begränsar innovation och kreativitet hos innovatörerna bakom AI-system, vilket går emot hela grunden inom immaterialrätten, av vilken upphovsrätten är del. AI och ML tillhör framtiden, och det är odiskutabelt att AI kommer ha ”en betydande inverkan på skapandet, produktionen och distributionen av ekonomiska och kulturella varor och tjänster.”<sup>289</sup> Vi bör därför överväga att

---

<sup>288</sup> Christie’s, ’Is artificial intelligence set to become art’s next medium?’ (*Christie’s*, 2018), <<https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx>> hämtad 27 november 2020.

<sup>289</sup> World Intellectual Property Organization, s.1.

införa mer flexibilitet i vårt upphovsrättsliga system, och som vi såg i Infosoc-direktivet, återigen anpassa upphovsrätten till nya skapandesätt och nya tekniska lösningar.

Hela EU-upphovsrätten, av vilken URL är en spegling, har beskrivits stel och inflexibel,<sup>290</sup> vilket kan tänkas bero på att influenser tagits från för många av de olika medlemsstaternas nationella upphovsrättsliga lagstiftningar i så hög utsträckning att regelverket i det närmaste liknar en Frankenstein-bil sammansatt av alla möjliga olika komponenter. Dessutom tar det lång tid att diskutera fram nya regler på området med så många inblandade aktörer, och de redan existerande undantagsreglerna är så snäva att de i princip inte kan tillämpas på annat än vad som specifikt föranledde dem, vilket gör att den upphovsrättsliga regleringen hela tiden ligger efter i utvecklingen som sker i samhället.<sup>291</sup> AI har kommit långt, men är långt ifrån i mål. Lagstiftaren har därför nu chans att för en gångs skull komma först över mållinjen och se till att införa en tillfredsställande reglering innan försprånget för AI blir för stort.

## 6.1 Vi bör överväga en amerikansk komponentimport

Ett alternativ för att lagstiftaren ska kunna köra om AI har framförts vara att införa ett nytt undantag med ledning i det amerikanska allmänt hållna fair use-undantaget,<sup>292</sup> som också anses absolut nödvändigt i USA för att landet ska uppfylla upphovsrättens i konstitutionen grundlagsstadgade syfte att främja lärande, kunskap och vetenskapliga framsteg.<sup>293</sup>

På EU-nivå delas det amerikanska grundlagsstadgade intresset och den teknologiska utvecklingen har ansetts innebära nya användningsområden inom bland annat just forskning, innovation och utbildning. Det har därtill också uttalats viktigt att ”relevant lagstiftning måste vara framtidssäkrad för att inte begränsa denna tekniska utveckling.”<sup>294</sup> Det är som tidigare nämnt ovisst hur teknologin i allmänhet och AI-teknologin i synnerhet kommer att utvecklas de närmaste åren, och på EU-nivå har uttalats att det upphovsrättsliga rättsläget i många avseenden är oklart i den digitala miljön för alla inblandade parter.<sup>295</sup> Ovissheten om

---

<sup>290</sup> Koktvedgaard och Levin, s.6, jämte Recihel i Korling och Zamboni, s.118.

<sup>291</sup> Teknologin verkar hela tiden ligga ett steg före lagen, se Mabry Gordon, s.36.

<sup>292</sup> Fair use-undantagsregeln ger upphov till stor debatt, Aufderheide och Jaszi, s.150.

<sup>293</sup> Se Art. 1, Section 8 i The Constitution of the United States of America, jämte Randolph D. Moss, 'Memorandum for Andrew J. Pincus General Counsel, Department of Commerce' (U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 1999)

<<https://www.loc.gov/flicc/gc/fairuse.html>>, hämtad 9 december 2020 och Timothy Lee Wherry, *The Librarian's Guide to Intellectual Property in the Digital Age: Patents, Copyrights, and Trademarks* (American Library Association, 2002), s.17. Stadgandet i konstitutionen innebär att den amerikanska upphovsrätten är federal rätt, se Bernitz m.fl., s.5-6.

<sup>294</sup> DSM-direktivet, skäl 3.

<sup>295</sup> DSM-direktivet, skäl 3.

rättsläget avseende upphovsrätt i den digitala miljön vittnar om ett behov av modernisering av den upphovsrättsliga regleringen. En sådan modernisering av upphovsrätten har visserligen ansetts påkallad på EU-nivå även tidigare, och EU-kommissionen har uttalat att den bland annat har för avsikt att vara vaksam på om nya undantag behöver införas.<sup>296</sup>

På EU-nivå har det även tidigare i år presenterats en samlad EU-approach till AI, där EU uppmanar samtliga sina medlemsstater att samarbeta för att främja innovationen AI så att EU kan förbli en konkurrenskraftig handelspart.<sup>297</sup> Även på svensk nivå har det uttalats att den teknologiska utvecklingen kan ”komma att medföra nya överväganden när det gäller t.ex. ... balansen mellan rättigheter, tekniska skyddsåtgärder och inskränkningar samt själva rättighetssystemet.”<sup>298</sup> Sverige har också sin egen inriktning och strategi för AI, i vilken det bland annat uttalas att Sverige vill vara bäst i världen på AI-teknologi, och att det är av vikt att ”Sverige agerar proaktivt med de frågor som AI aktualiserar redan i dag.”<sup>299</sup>

Det finns således stöd i politiken och utrymme för att argumentera i riktning av ett nytt undantag, vilket till och med anses påkallat i den nationella inriktningen,<sup>300</sup> och fair use-undantagsregelns öppna karaktär skulle kunna ge URL den flexibilitet vi här efterfrågar, men medan vissa betraktar fair use-undantagsregeln vara ett nödvändigt tillskott för att åstadkomma en mer lättanpasslig och flexibel upphovsrättslig lagstiftning,<sup>301</sup> så anser andra att undantagsregeln är alltför extensiv och riskerar urholka upphovsrätten. Ett faktum är dock att fair use-undantagsregelns öppna karaktär brukar framhållas som ett framgångsrecept för USA, som är en väldigt stor aktör och handelspart på området.<sup>302</sup> Frågan uppkommer därför om det är ett lämpligt alternativ för EU och Sverige, varför en jämförelse av fair use-undantagsregeln och den svenska undantagskatalogen således är påkallad här.

---

<sup>296</sup> Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén: Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten i Bryssel den 9.12.2015 COM(2015) 626 final s.13, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0626&from=SV>>, hämtad 14 september 2020.

<sup>297</sup> The European Commission, 'White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust' Brussels 19.2.2020 COM(2020) 65 final <[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf)>, hämtad 15 december 2020.

<sup>298</sup> Olsson 2020, i avsnittet om Kritik mot upphovsrättsystemet, stycke 4.

<sup>299</sup> Näringsdepartementet, 'Nationell inriktning för artificiell intelligens' (Regeringskansliet), s.4, <[https://www.regeringen.se/49a828/contentassets/844d30fb0d594d1b9d96e2f57ed14b/2018ai\\_webb.pdf](https://www.regeringen.se/49a828/contentassets/844d30fb0d594d1b9d96e2f57ed14b/2018ai_webb.pdf)>, hämtad 15 december 2020, se även SOU 2018:36, s.225-226.

<sup>300</sup> Näringsdepartementet, s.10.

<sup>301</sup> Smith m.fl., s.32.

<sup>302</sup> USA har en lång historia som stormakt inom den tekniska utvecklingen, se SOU 1985:51, s.55.

## 7. En jämförelse mellan komponenterna fair use och undantagskatalogen

För att kunna genomföra en jämförelse av den amerikanska fair use-undantagsregeln och den svenska undantagskatalogen ska den förstnämnda kort beskrivas. Fair use utvecklades som en doktrin i praxis, och praxis fortsätter att spela en viktig roll för undantaget,<sup>303</sup> men den är också numera delvis kodifierad i lag.<sup>304</sup> Liket den svenska undantagskatalogen i URL tillkom även fair use-undantagsregeln i syfte att balansera upphovspersonernas legitima intressen mot allmänhetens intresse av att utnyttja verken och finna en balans för att främja kreativitet.<sup>305</sup>

Fair use-undantagsregeln är dock ”det mest allmänna undantaget i amerikansk upphovsrättslag”,<sup>306</sup> och tillåter således de amerikanska domstolarna att göra en nyttomaximerande samhällsmässig avvägning från fall till fall, till skillnad från de svenska domstolarna som vanligtvis får nöja sig med att upprätthålla den intresseavvägning som lagstiftaren ansåg påkallad när de snäva undantagen stiftades, vilket i och för sig följer de politiska motiven bakom Sveriges civilrättstradition väl. Skillnaden i approach till undantagsbestämmelser blir tydlig när man kollar på fair use-undantagsregeln.

Formuleringen i lag lyder enligt en svensk översättning<sup>307</sup> i huvudsak enligt följande: ”Trots bestämmelserna i avsnitten 106<sup>308</sup> och 106A<sup>309</sup>, anses rättvis användning av ett upphovsrättskyddat verk, inklusive sådan användning genom reproduktion i kopior ... eller på något annat sätt som anges i det avsnittet, för ändamål såsom exempelvis kritik, recension, nyhetsrapportering, undervisning (inklusive flera kopior för klassrumsanvändning), stipendier eller forskning, inte utgöra upphovsrättsintrång.<sup>310</sup> För att avgöra om användningen av ett verk i ett visst fall utgör rättvis användning ska de faktorer som ska beaktas inkludera:

---

<sup>303</sup> Fair use-doktrinen kom till i praxis på 1800-talet och fortsätter utvecklas, se U.S. Copyright Office, 'U.S. Copyright Office Fair Use Index' (2016) <<https://www.copyright.gov/fls/fl102.html>>, hämtad 9 december 2020.

<sup>304</sup> 17 U.S.C. § 107, Fair use kodifierades första gången i the Copyright Act 1976, se Moss.

<sup>305</sup> Harvard University Office of the General Counsel, 'Copyright and Fair Use: A Guide for the Harvard Community', s. 8, <[https://ogc.harvard.edu/files/ogc/files/ogc\\_copyright\\_and\\_fair\\_use\\_guide\\_5-31-16.pdf](https://ogc.harvard.edu/files/ogc/files/ogc_copyright_and_fair_use_guide_5-31-16.pdf)> hämtad 1 december 2020.

<sup>306</sup> Jane C. Ginsburg, 'Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?', Columbia Public Law Research Paper No. 14-639, Singapore Journal of Legal Studies, Forthcoming, s.2 <<https://ssrn.com/abstract=3484949>>, hämtad 9 december 2020.

<sup>307</sup> Översättningen gjord av mig, och vissa betydelselösa ord har lagts till när en direkt översättning inte gått att göra utan att det blir svårt att följa lagregelns uppbyggnad.

<sup>308</sup> USA:s motsvarighet till den ekonomiska rätten, jfr. 2 § URL.

<sup>309</sup> USA:s motsvarighet till den ideella rätten, dock väldigt begränsad, the Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA), jfr. 3 § URL.

<sup>310</sup> 17 U.S.C. § 107 första momentet.

- (1) syftet och karaktären med användningen, inklusive huruvida sådan användning är av kommersiell karaktär eller är för ideella utbildningsändamål;
- (2) det upphovsrättsskyddade verkets karaktär;
- (3) mängden och betydelsen av den använda delen i relation till det upphovsrättsskyddade verket i helhet; och
- (4) effekten av användandet på en potentiell marknad för eller värdet på det upphovsrättsskyddade verket.<sup>311</sup>

Det faktum att ett verk är opublicerat ska inte i sig förhindra en bedömning att rättvis användning anses föreligga, förutsatt att samtliga faktorer ovan tagits i beaktning.”<sup>312</sup>

### **7.1 Fair use och undantagskatalogen är båda passiva invändningar**

Fair use-undantagsregeln och undantagskatalogen i URL liknar varandra till en början i det avseendet att upphovspersonen eller rättshavaren till det verk som ska utnyttjas överhuvudtaget inte behöver kontaktas. De båda är passiva, likt självförsvarsrätten inom straffrätten<sup>313</sup>, och åberopas först sedan någon upphovsperson eller rättshavare anser att ett upphovsrättsintrång begåtts och väcker talan om saken i domstol.<sup>314</sup>

### **7.2 Fair use omfattar alla förfoganden och syften till skillnad från undantagskatalogen**

En första skillnad mellan de två föreligger dock i att fair use till skillnad från undantagen i URL inte specificerar vilket intrångsförfogande det är tal om. Fair use nämner visserligen endast kopiering, men ordet ”inklusive”, vittnar om att det endast är ett exempel.<sup>315</sup> En andra skillnad föreligger i att fair use till skillnad från undantagskatalogen inte heller specificerar det syfte som det aktuella förfogandet avser. Visserligen omnämns syftena ”kritik, recension, nyhetsrapportering, undervisning (inklusive flera kopior för klassrumsanvändning), stipendier eller forskning”, men föregående skrivelse, ”såsom”, indikerar att uppräknningen inte är uttömmande, och även andra syften har ansetts tillåtna under undantagsregeln i

---

<sup>311</sup> 17 U.S.C. § 107 andra momentet första till fjärde punkten.

<sup>312</sup> 17 U.S.C. § 107 andra stycket.

<sup>313</sup> Jfr. 24 kap. 1 § andra stycket första punkten brottsbalk (1962:700) (BrB).

<sup>314</sup> Aufderheide och Jaszi, s.18 och 176, Appendix D.

<sup>315</sup> I doktrin har uttalats att alla ensamrättigheter omfattas, se. Aufderheide och Jaszi, s.18.

domstolsavgöranden, som vi kommer kolla närmare på.<sup>316</sup> Nyssnämnda exempelsyften finner i och för sig motsvarigheter i undantagskatalogen i URL, men då i mer begränsad tappning.<sup>317</sup>

### **7.3 URL saknar motsvarande ”generalklausul”**

Svenska URL saknar således en motsvarighet till ett sådant generalklausulsliknande undantag, även om vi har sådana inom andra rättsområden, exempelvis på avtalsrättens,<sup>318</sup> vilket gör att den svenska lagen åtminstone inte är främmande för regler av den generella karaktären. Ett införande av en sådan generalklausul i URL kan tänkas tillföra flexibilitet i lagen, men tolkningsproblem kan uppstå med hur långt lagregeln ska eller kan utsträckas, och det finns en risk för att den blir alltför generell för att en svensk domstol ska våga ta ställning i frågan. Den amerikanska rättsrealistiska-approachen till rätten anförtror sig trots allt i mycket högre utsträckning till domstolarnas förmåga.<sup>319</sup>

Om vi exempelvis ser till nyssnämnda generalklausul i avtalslagen åberopas den sällan av parter i domstol, åtminstone som enda grund, för att utgången i målet anses oklar. En sådan rättsregel kan således också tänkas innebära rättsosäkerhet, vilket kommer att utredas närmare nedan när vi går igenom bedömningskriterierna för fair use. Innan vi gör det ska dock här först nämnas att de bedömningskriterier som återges i fair use-undantagsregeln endast är utgångspunkter för den amerikanska domstolen att beakta. De får lov att lägga även andra omständigheter till grund för sin bedömning.<sup>320</sup>

---

<sup>316</sup> Aufderheide och Jaszi, s.174, Appendix D.

<sup>317</sup> Se exempelvis tidigare utredda undantag: citaträtten 22 § URL (kritik och recension), framställning av samlingsverk för användning vid undervisning 18 § URL (undervisning) och framställning och spridning av exemplar inom arkiv och bibliotek för bland annat forskningsändamål 16 § URL (forskning).

<sup>318</sup> Jfr. 36 § AvtL.

<sup>319</sup> Wacks, s.145.

<sup>320</sup> U.S. Copyright Office, 'More Information on Fair Use' (2020) <<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>>, hämtad 9 december 2020.

## 7.4 Syftet och karaktären samt kommersiell karaktär eller för ideella utbildningsändamål

### 7.4.1 Syftet och karaktären – komponenterna lika, men gradskillnader

Det första bedömningskriteriets första moment<sup>321</sup> stämmer ganska väl överens med ordningen i URL. De amerikanska domstolarna kollade till en början på om huruvida det förelåg ett så kallat ”produktivt utnyttjande”<sup>322</sup>.<sup>323</sup> I dag kollar dock de amerikanska domstolarna vid bedömningen vanligtvis på om ett ”transformativt utnyttjande” föreligger,<sup>324</sup> och huruvida utnyttjandet sker i ett kommersiellt syfte eller inte. Ett ”transformativt utnyttjande” kan sägas vara en förlängning av ett ”produktivt utnyttjande”, då det förstnämnda i doktrin har ansetts måste vara dels produktivt, dels använda verket ”på annat sätt eller för annat ändamål än originalet”. Tanken har alltså varit att utnyttjandet ska ”berika samhället”.<sup>325</sup> Bedömningen av om ett ”transformativt utnyttjande” föreligger kan sägas innebära liknande gränsdragning som vid verk skapade ”i fri anslutning” till originalverket,<sup>326</sup> och ”beroendeverk”<sup>327</sup> i URL.

I amerikansk rätt kallas ”beroendeverk” för ”derivative works”, och precis som i Sverige kan i och för sig visserligen även vissa beroendeverk, exempelvis parodier, vara resultatet av ett sådant ”transformativt utnyttjande” att de därmed anses fristående från originalverket i enlighet med fair use-undantagsregeln.<sup>328</sup> Kravet på omarbetning har dock ställts ganska högt i USA och ett beroendeverk ”är transformativt om det använder ett verk på ett helt nytt eller oväntade sätt”.<sup>329</sup> Det finns samtidigt exempel på att fair use i en digital kontext kan undanta hela kopior av ett verk, även om inget nytt skapas, under förutsättning att det åtminstone

---

<sup>321</sup> 17 U.S.C. § 107 andra momentets första punkts första moment.

<sup>322</sup> Ett produktivt utnyttjande har tidigare beskrivits vara ”där författare, med rimliga delar av en tidigare författares verk, skapar ett nytt verk” som ”ökar allmänhetens kunskap”, se William Patry, ’The Patry Copyright Blog’ (2005) <<http://williampatry.blogspot.com/2005/10/productive-use-transformative-use.html>>, hämtad 9 december 2020.

<sup>323</sup> Ginsburg, s.5.

<sup>324</sup> Aufderheide och Jaszi, s.24, se även *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994), s.579 via Justia, <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/510/569/>>, hämtad 30 november 2020.

<sup>325</sup> Pierre N. Leval, ’Toward a Fair Use Standard’, *Harvard Law Review* 1989-1990, Vol. 103:1105, s.1111 <<http://www.pijip.org/wp-content/uploads/2015/11/103HarvLRev.pdf>>, hämtad 9 december 2020.

<sup>326</sup> Se 4 § andra stycket URL.

<sup>327</sup> Se 4 § första stycket URL.

<sup>328</sup> Se en tidigare utförd komparation på området, Viktor Ehde, ’Omarbetningar och Derivative Work: En komparativ studie’ (Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet, 2013), jämte 4 § andra stycket URL och NJA 2005 s.905, ’Alfons’-målet samt Stephanie Morrow, ’What Are Derivative Works Under Copyright Law?’ (Legalzoom, 2020) <<https://www.legalzoom.com/articles/what-are-derivative-works-under-copyright-law/>>, hämtad 9 december 2020.

<sup>329</sup> University of Minnesota, ’Copyright Services: Understanding Fair Use’ (M Libraries) <<https://www.lib.umn.edu/copyright/fairuse/>>, hämtad 9 december 2020.



föreligger ett ”transformativt syfte” och det aktuella utnyttjandet har stor betydelse för samhället, exempelvis den exemplarframställning som sker i en digital sökmotor.<sup>330</sup>

Även om självständiga bearbetningar således givetvis är att föredra enligt upphovsrätten i båda länder, så finns det också en rad förfoganden som faller däremellan, exempelvis framställning av exemplar. Både fair use-undantagsregeln och undantagskatalogen specificerar tillåtna syften, men skillnaden ligger häri som tidigare nämnt, att de syften som nämns i fair use-undantagsregeln till skillnad från undantagskatalogen endast är exempel och inte uttömmande. Dessutom omnämns inte några närmare ramar för vilka utnyttjanden av verk för exempelvis kritik och recension, undervisning eller forskning som är tillåtna, utan bedömningen får göras från fall till fall. I Sverige ges både undervisning<sup>331</sup> och forskning<sup>332</sup> relativt snäva undantag, medan kritik och recension följer av citaträtten,<sup>333</sup> som är mer öppen och faktiskt liknats vid fair use tidigare,<sup>334</sup> varför den inte ska gås igenom närmare här.

Trots att fair use-undantagsregeln är allmän till sin karaktär och visserligen kan tänkas omfatta många fler situationer än undantagskatalogen i URL, så går det således samtidigt att konstatera att samtliga de exempelsyften som angetts finner motsvarighet i URL, vilket tyder på att lagarna är relativt lika i detta grundavseende ändå, varför vi går vidare till det första bedömningskriteriets andra moment för att se hur fair use-undantagsregeln och undantagskatalogen i URL ställer sig till kommersiellt utnyttjande av verk.

#### **7.4.2 Kommersiell karaktär eller för ideella utbildningsändamål – lite större skillnader**

När det kommer till det första bedömningskriteriets andra moment<sup>335</sup> verkar de två systemen lite mindre lika. Undantaget för framställning av exemplar för privat bruk i URL tillåter exempelvis överhuvudtaget inte att framställning av exemplar sker i kommersiella syften, vare sig direkt eller indirekt.<sup>336</sup> Även amerikanska domstolar har visserligen tidigare intagit en försiktig ställning vid kommersiellt utnyttjande, men har inte heller helt uteslutit det, som den svenska upphovsrätten. Se exempelvis det uppmärksammade ”Betamax”-fallet, i vilket

---

<sup>330</sup> Ginsburg, s.14-15.

<sup>331</sup> Se 14, 16 a, 17 a, 18, 21 och 42 c §§ URL för undervisning och utbildning.

<sup>332</sup> Se 16 § URL.

<sup>333</sup> Se 22 § URL.

<sup>334</sup> Eriksson, s.1-28.

<sup>335</sup> 17 U.S.C. § 107 andra momentets första punkts andra moment.

<sup>336</sup> Se 12 § URL, jämte prop. 2004/05:110, s.104.

domstolen uttalade att ”kopiering för kommersiell vinst har en mycket svagare grund för fair use än kopiering för personlig anrikning”.<sup>337</sup>

På senare år har amerikanska domstolar dock blivit desto mer öppna till kommersiella utnyttjanden. I ett annat rättsfall konstaterade domstolen nämligen att de flesta utnyttjandena faktiskt sker i kommersiella syften, och att det viktiga i bedömningen snarare är att utreda huruvida de utnyttjade verken använts på ett omoraliskt sätt för att gynna sig själv utan att betala upphovspersoner eller rättshavare rimlig kompensation, vilket de anses ha rätt till enligt incitaments- och belöningsteorin. Ett konkret exempel som angavs var att de utnyttjade verken används vid marknadsföring för att lättare kunna sälja det egna verket, utan att betala erforderlig ersättning för ”renomménsnyltningen”.<sup>338</sup> Det är således tillåtet att tjäna pengar i vissa fall, så länge utnyttjandet är transformativt, och utan att snylta på originalverket.

Det nya synsättet förefaller dock inte vara så märkligt sett till att det andra fallet inte avsåg privat bruk. Undantagskatalogen i URL tillåter också utnyttjanden av verk som sker i kommersiella syften i vissa fall, samtidigt som ett icke-kommersiellt syfte inte alltid gör ett utnyttjande tillåtet enligt fair use-undantagsregeln.<sup>339</sup> Skillnaden kan dock sägas bestå i att fair use-undantagsregeln aldrig på förhand uttryckligen utesluter någon situation på grund av kommersiellt eller icke-kommersiellt syfte, medan undantagskatalogen i URL innehåller relativt tydliga skrivelser för när ett kommersiellt syfte är och inte är tillåtet.<sup>340</sup>

Den praxisgrundade fair use-undantagsregeln kan således igen konstateras bidra med flexibilitet till URL, men kan också återigen konstateras ge upphov till svåra tolkningar och bedömningar som bidrar till rättsosäkerhet i systemet. URL är visserligen mer konkret och desto säkrare att förlita sig på, men inte heller URL är helt främmande från praxis. Även svensk domstol har tidigare varit tvungen att i sammanhanget göra åtminstone en bedömning som innefattade att undersöka om det spelade någon roll att utnyttjandet skedde kommersiellt

---

<sup>337</sup> *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984), s.464, U.S. 457, fotnot 40, ”Betamax”-fallet, via Justia, <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/464/417/#tab-opinion-1955305>>, hämtad 30 november 2020. Se även ’Sony Betamax Case Summary’ <[https://www.dcs.k12.oh.us/site/handlers/filedownload.ashx?moduleinstanceid=1862&dataid=1924&FileName=Sony\\_Betamax\\_Case\\_Summary.pdf](https://www.dcs.k12.oh.us/site/handlers/filedownload.ashx?moduleinstanceid=1862&dataid=1924&FileName=Sony_Betamax_Case_Summary.pdf)>, hämtad 9 december 2020.

<sup>338</sup> *Bill Graham Archives, Plaintiff-appellant, v. Dorling Kindersley Limited, Dorling Kindersley Publishing, Inc. and Rr Donnelley & Sons Company*, Defendants-appellees.docket No. 05-2514-cv, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006), via Justia, <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/448/605/637042>>, hämtad 30 november 2020.

<sup>339</sup> Vimeo, ’What do the four fair use factors mean?’ <<https://vimeo.zendesk.com/hc/en-us/articles/224976228-What-do-the-fair-use-factors-mean-#article-container>>, hämtad 10 december 2020.

<sup>340</sup> Se även exempelvis 18 § andra stycket URL.

eller icke-kommersiellt.<sup>341</sup> Rättssäkerhetsaspekten när det kommer till fair use borde därför inte överdrivas, även om den onekligen är viktig att beakta, varför den utreds närmare senare.

## 7.5 Det upphovsrättsskyddade verkets karaktär

### 7.5.1 Hur kreativt är verket? – komponenterna i huvudsak lika

Det andra bedömningskriteriet i fair use-undantagsregeln tar sikte på av vilken karaktär det utnyttjade verket är. Bedömningen utgår först och främst utifrån om verket, exempelvis en bok, är av genren fack- eller skönlitteratur, där ett tagande ur facklitteratur i regel anses tala mer för fair use än ett tagande av delar ur en skönlitterär bok.<sup>342</sup> Det hänger samman med att generisk data, information och fakta inte åtnjuter upphovsrättsligt skydd, vilket är fallet i både det svenska och amerikanska upphovsrättssystemet.<sup>343</sup>

I övrigt sker ingen egentlig direkt uppdelning i den svenska undantagskatalogen mellan genren fack- eller skönlitteratur, även om det i förarbetena som i fair use-undantagsregeln må finnas ett lite större utrymme för utnyttjande av facklitteratur i den bemärkelsen att exempelvis större partier kan citeras,<sup>344</sup> eller kopieras för privat bruk.<sup>345</sup> I det senare fallet spelar dock enligt förarbetena det upphovsrättsskyddade verkets karaktär överhuvudtaget ingen roll för undantagets tillämplighet,<sup>346</sup> vilket gör att undantagskatalogen i detta avseende möjligtvis är snävare, eller bredare, än fair use-undantagsregeln. Dock är undantaget till skillnad från fair use givetvis snävt inriktat på privatkopiering. Vi återkommer till både privatkopierings- och citaträtsbedömningarna under det tredje bedömningskriteriet.

### 7.5.2 Publicerat eller opublicerat – fair use innebär risk för omoraliska handlingar

Bedömningen i det andra bedömningskriteriet är även kopplad till andra stycket i fair use-undantagsregeln,<sup>347</sup> i vilket det stadgas att det faktum att ett opublicerat verk utnyttjats inte nödvändigtvis innebär att fair use är uteslutet. En sådan ordning skiljer sig från vad som gäller i undantagskatalogen i URL, som för undantagskatalogens tillämplighet i regel kräver

---

<sup>341</sup> Domstolen kom fram till att det inte spelade någon roll om syftet var kommersiellt eller ej, se NJA 2016, s.212.

<sup>342</sup> Se *Steward v. Abend*, 495 U.S. 207 (1990), s.495 U. S. 237, via Justia, <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/495/207/>>, hämtad 9 december 2020. Se även Justia, 'Fair Use' (2020) <https://www.justia.com/intellectual-property/copyright/fair-use/>, hämtad 9 december 2020.

<sup>343</sup> Jfr. prop. 2004/05:110, s.345, och 9 § URL samt Aufderheide och Jaszi, s.17, jämte 17 U.S.C. § 102(b).

<sup>344</sup> Se 22 § URL, jämte prop. 2004/05:110, s.216.

<sup>345</sup> Jfr. 12 § första stycket URL.

<sup>346</sup> Prop. 2004/05:110, s.114.

<sup>347</sup> University of Minnesota.

att verket först offentliggjorts,<sup>348</sup> med vilket menas att verket ska ha gjorts lovligen tillgängligt för allmänheten av upphovspersonen, rättshavaren eller med deras medgivande,<sup>349</sup> i enlighet med ensamrätten,<sup>350</sup> eller på annat sätt om det tillåts av ett tillämpligt undantag.<sup>351</sup>

Dock bör det nämnas att det i förarbetena ifrågasatts om en strikt tolkning av ordalydelsen i undantagskatalogen av att verket ska vara offentliggjort egentligen också säger någonting om förlagans karaktär, varför det möjligtvis finns åtminstone en teoretisk grund att hävda undantagets tillämplighet även när en opublicerad förlaga utnyttjats.<sup>352</sup> Samtidigt har rättsläget preciserats något, åtminstone när det kommer till kopiering för privat bruk. Den som med uppsåt eller av grov oaktsamhet utnyttjar en opublicerad förlaga kan numera nämligen bli sanktionerad genom skadestånd för upphovsrättsintrång.<sup>353</sup> Om utrymmet för att använda opublicerat material i USA är begränsat så får denna nu redogjorda för eventuella möjlighet i Sverige således anses vara ännu mer begränsad, särskilt med tanke på att det också i vissa fall uppställs krav på efterforskning innan ett utnyttjande företas.<sup>354</sup>

## 7.6 Mängden och betydelsen – bedömningen samma

Det tredje bedömningskriteriet i fair use-undantagsregeln återkopplar till vad som kort anfördes tidigare om utrymmet för utnyttjande av fack- kontra skönlitteratur, och det anses generellt mer tillåtet att utnyttja större delar av facklitteratur enligt fair use.<sup>355</sup> Bedömningen enligt fair use-undantagsregeln är både kvantitativ och kvalitativ,<sup>356</sup> utan att ställa upp några närmare ramar för hur mycket som får utnyttjas, men ju mer som kopieras, desto strängare blir de övriga kriterierna.<sup>357</sup> Helt klart får dock anses vara att utrymmet även för fair use är litet om ”hjärtat” av verket utnyttjas.<sup>358</sup> Sett till undantagskatalogen i URL fungerar de två systemen på huvudsakligen samma sätt.

---

<sup>348</sup> Se exv. 12 § första stycket URL, 21 § första stycket URL och 22 § URL.

<sup>349</sup> Se 8 § URL, jämte prop. 2004/05:110, s.101.

<sup>350</sup> Se 2 § tredje stycket URL.

<sup>351</sup> Prop. 2004/05:11, s.101, se även 20 § URL.

<sup>352</sup> Prop. 2004/05:11, s.102 och 122-123

<sup>353</sup> Se 54 § tredje stycket URL, jämte prop. 2004/05:11, s.423-424.

<sup>354</sup> Se 16 b-c §§ URL.

<sup>355</sup> American University Library, *What Faculty Need to Know About Copyright for Teaching* (Find More, American University Library, 2010), s.8 <[https://www.american.edu/library/documents/upload/copyright\\_for\\_teaching.pdf](https://www.american.edu/library/documents/upload/copyright_for_teaching.pdf)>, hämtad 10 december 2020.

<sup>356</sup> Se U.S. Copyright Office (2020). Se även Harvard University, s.10.

<sup>357</sup> Wharton County Junior College, 'Copyright & Fair Use' (2017), s.6 <[https://www.wcjc.edu/Students/Library/Copyright/Fair-Use\\_Guidelines-2017.pdf](https://www.wcjc.edu/Students/Library/Copyright/Fair-Use_Guidelines-2017.pdf)>, hämtad 10 december 2020.

<sup>358</sup> Se *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985), s.471 U. S. 564-565, via Justia, <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/779/35/106080/>>, hämtad 9 december 2020.

Även citaträtten i URL, som nämndes tidigare, innebär exempelvis att citering av verk får ske bara enligt vad som anses vara god sed och inte i större omfattning än vad som krävs för ändamålet.<sup>359</sup> Dessutom kan hela verk, oavsett av vilken karaktär det är, ibland tillåtas kopieras i sin helhet under privatkopieringsundantaget. Den svenska rätten ställer likt den amerikanska rätten således inte heller upp några konkreta förhållningsramar i detta avseende, varför frågan lämnas åt domstolarna att avgöra i både USA och Sverige. Dock får de amerikanska domstolarnas utrymme för egna tolkningar anses vara större än de svenska domstolarnas även i detta avseende.

De svenska domstolarna kan med undantagskatalogen i URL, och exempelvis citaträtten förmodligen i princip aldrig ursäkta ett utnyttjande som innebär att ett helt verk citeras, och trots att privatkopieringsundantaget i vissa fall möjliggör en kopiering av ett verk i dess helhet, så är undantaget som tidigare nämnt snävt inriktat. Fair use-undantagsregeln däremot kan åtminstone teoretiskt tillämpas av amerikanska domstolar för att tillåta kopiering eller citering av hela verk inte bara i ett, utan alla tänkbara fall, förutsatt att det är nödvändigt.<sup>360</sup>

## **7.7 Effekt på potentiell marknad eller värdet – samma bedömning**

Det fjärde och sista bedömningskriteriet i fair use-undantagsregeln är kanske också det mest svårbedömda steget för en domstol att avgöra. Bedömningskriteriet finner ingen motsvarighet i något undantag i undantagskatalogen i URL, men däremot i eu-rättsliga och andra internationella åtaganden som Sverige är bundet av. Undantagskatalogen i URL är visserligen utformad så att den stämmer överens med Sveriges internationella åtaganden, men vissa delar av EU-upphovsrätten har inte tagits in i URL.<sup>361</sup> Ett exempel är den undantagstolkningsregel som vanligtvis kallas för trestegstestet<sup>362</sup>, och det är trestegstestetets tredje steg som motsvarar det fjärde bedömningskriteriet i fair use-undantagsregeln. Osäkerheten i hur bedömningen faktiskt görs är däremot relativt oklar i båda fallen, men vägledning kan hämtas ur praxis.

När fair use-undantagsregeln varit uppe för prövning har bedömningen fokuserat på om utnyttjandet berövat upphovspersonen ekonomiska vinster på en befintlig marknad eller påverkat en potentiell marknad för verket. Amerikansk domstol har exempelvis funnit att en person som tjänade hundratusentals dollar på att avbilda objektet i ett fotografi och sälja ett

---

<sup>359</sup> Prop. 2004/05:11, s.215-216.

<sup>360</sup> Columbia University Libraries, 'Fair Use', <<https://copyright.columbia.edu/basics/fair-use.html>> hämtad 1 december 2020.

<sup>361</sup> Koktvedgaard och Levin, s.175.

<sup>362</sup> Trestegstestet finns i en rad handlingar, se exempelvis BK Art.9(2), Infosoc-direktivet, Art.5(5) och TRIPS-avtalet Art. 13

identiskt objekt i skulpturer inte ansågs utgöra fair use.<sup>363</sup> Domstolen ansåg inte att det behövde bevisas att upphovspersonen till fotografiet avsett att någon gång själv skapa skulpturer av fotografierna och sälja dem, utan bara att det fanns en potentiell marknad.<sup>364</sup>

Bedömningen är densamma som tidigare gjorts enligt trestegstestet, men då vi har anledning att jämföra trestegstestet med fair use-undantagsregeln senare, så lämnas frågan tillsvidare. Av det sistnämnda resonemanget i amerikansk domstol går det dock möjligtvis indirekt utläsa en sådan tankegång i URL redan i den ekonomiska ensamrättsbestämmelsen, som stadgar att upphovspersonen har uteslutande rätt att framställa exemplar av sitt verk oavsett uttrycksform,<sup>365</sup> och göra det tillgängligt för allmänheten. Om en sådan tolkning görs skulle det dock innebära att förmodligen alla utnyttjanden alltid anses ha effekter på en potentiell marknad, men amerikanska domstolar har då också uttalat att den potentiella marknaden måste vara rimlig eller sannolik,<sup>366</sup> vilket i och för sig är ganska brett. Innan vi återkommer till bedömningen ska vi, efter att ha gått igenom alla lagstadgade bedömningskriterier, behandla fair use-undantagsregeln i relation till AI och ML.

## **8. Kan fair use låsa upp hjulklampen på sportbilen AI och ML?**

Vid en bedömning av om fair use-undantagsregeln är tillämplig är det viktigt att ha i åtanke att det för domstolen handlar om att göra en sammanvägd bedömning av samtliga bedömningskriterier med tillägg av andra bedömningskriterier som domstolen anser vara påkallade i det konkreta fallet som är uppe för prövning.<sup>367</sup>

### **8.1 Huvudkopior vid ML omfattas av fair use-undantagsregeln**

Vi börjar med att kolla på vad som gäller för exemplarframställning av huvudkopior. BSA<sup>368</sup> har i ett dokument skickat till den amerikanska motsvarigheten till PRV tidigare i år bland annat uttalat, översatt till svenska, att ”skapandet av en databas som innehåller verk skaparen

---

<sup>363</sup> Rich Stim, 'Measuring Fair Use: The Four Factors', (2019) <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors/>> (Stanford University Libraries), hämtad 1 december 2020.

<sup>364</sup> *Art Rogers, Plaintiff-appellee-cross-appellant, v. Jeff Koons; Sonnabend Gallery, Inc., defendants-appellants-cross-appellees*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992), via Justia, <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/960/301/350058/>>, hämtad 1 december 2020, jämte Stim (2019).

<sup>365</sup> Se 2 § första och andra stycket URL.

<sup>366</sup> Harvard University, s.11.

<sup>367</sup> Harvard University, s.12.

<sup>368</sup> BSA, The Software Alliance, ”är den ledande förespråkaren för den globala programvaruindustrin inför regeringar och på den internationella marknaden” och en medlemsorganisation för flera stora Tech-bolag, exv. Adobe, Apple och IBM, se BSA, s.1.

har lovlig tillgång till i syfte att använda verken som träningsdata vid ML kommer nästan alltid anses inte utgöra upphovsrättsintrång i situationer där outputen inte står i konflikt med verken som användes för att träna AI-systemet.”<sup>369</sup> BSA som är en förespråkare för mjukvaruindustrin kan dock anses vara färgade i frågan, men sett till fair use-undantagsregelns breda utformning finns det ingen anledning att ifrågasätta uttalandet om att en domstol skulle kunna komma fram till att huvudkopior vid ML omfattas av undantaget.

## **8.2 Underkopior omfattas också av fair use-undantagsregeln**

BSA har också uttalat att de underkopior som framställs under bearbetningsfasen i ML-processen inte heller skulle anses utgöra upphovsrättsintrång, eftersom en domstol förmodligen hade funnit att dessa kopior inte uppfyller kravet på fixering.<sup>370</sup>

Både huvud- och underkopior skulle därför förmodligen omfattas av undantaget, men det stod också i förhållande till huvudkopiorna att outputen inte fick lov att stå i konflikt med verken som användes som träningsdata för ML-algoritmerna i AI-systemet, och vi har därför anledning att undersöka närmare vad som krävs för att en AI-output inte ska komma i konflikt med verken som användas som träningsdata.

## **8.3 Kriterier för att utreda om AI och ML är förenliga med fair use**

I doktrin har utifrån en sammanställning av rättsfall tagits fram tre enklare bedömningskriterier, vilka, om de uppfylls, förmodligen leder till att en amerikansk domstol skulle finna att fair use föreligger. I korthet avser de tre kriterierna, (1) ny användning av verket för nya mottagare, (2) proportionalitet sett till mängd och syfte, och (3) rimlighet i förhållande till det aktuella området.<sup>371</sup> Inga garantier kan givetvis lämnas angående vad en domstol skulle döma, men för att det ska bli enklare att göra en tillämpning av rättsregeln i denna framställning kan dessa tre punkter tjäna till ledning vid bedömningen.

### **8.3.1 AI och ML kan uppfylla kravet på ny användning för nya mottagare**

Notera att kriteriet främst tar sikte på distinktionen mellan verk skapade ”i fri anslutning” till originalverket, beroendeverk och rena kopior samt om verken tas fram för en ny publik. När

---

<sup>369</sup> BSA, s.3.

<sup>370</sup> BSA, s.5.

<sup>371</sup> Aufderheide och Jaszi, s.24.

det kommer till AI och ML är det tänkbart att dessa i allra högsta grad kommer att kunna uppfylla ett ”transformativt utnyttjande”. Särskilt om det är så att AI-systemet, som vi tänker oss här, endast kommer att framställa kopior av verken i sina arbetsminnen för att kunna dra inspiration från dem när AI-systemet utför en syssla eller producerar ett nytt verk.

Som tidigare nämnt skulle ett sådant utnyttjande egentligen inte skilja sig nämnvärt från när en människa läser en bok och lagrar informationen i sin hjärna för att sedan kunna dra inspiration från andra författare när han eller hon skriver sina egna böcker. Beroende på vilken bok som framställs är det möjligt, men visserligen inte säkert, att boken kommer att rikta sig till en ny publik, exempelvis som vid parodier. Så länge verket i mycket hög utsträckning är transformativt bör dock denna omständighet anses ta överhanden.

Utifrån incitaments- och belöningsteorin bör ovanstående tanke framstå rimlig. Incitamenten består givetvis till stor del av att få ekonomisk kompensation och belöning för sitt nedlagda arbete, men ensamrätten utsträcker sig inte till exempelvis idéer, tankar och fakta, varför upphovspersoner och rättshavare rimligtvis inte har något anspråk på någon ekonomisk kompensation eller belöning i ett sådant fall. De hade inte haft det om en människa hade dragit inspiration från deras böcker, så varför skulle de ha det när AI vid ML gör det?

Däremot kan det tänkas uppstå problem om AI-system vid ML drar ”inspiration” genom att sammanställa en ny bok utifrån att kopiera andra författares texter. Som tidigare nämnt skulle ett sådant utnyttjande dock kunna vara undantaget enligt citaträtten, förutsatt att inte för stora delar har blivit tagna. En domstol har exempelvis tidigare ansett det vara tillåtet enligt fair use-undantagsregeln att kopiera åtta sammanhängande meningar från en artikel som inte avsåg ”hjärtat” i texten, eftersom det inte ansågs innebära negativa marknadseffekter eller ekonomisk förlust.<sup>372</sup> Dessutom får läsaren ha i åtanke att fair use-undantagsregeln inte har samma begränsningar vad gäller citat som i den svenska rätten, varför argumentet för att citaträtten är tillämplig i USA på AI och ML förmodligen är större än i Sverige.

Samtidigt verkar det råda oklarhet kring om AI-system kan lära sig på samma sätt som en människa, eller om de måste kopiera verken när de ska framställa något nytt, och det går

---

<sup>372</sup> Richard Stim, 'Summaries of Fair Use Cases' (2013) <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/cases/>>, hämtad 1 december 2020, med hänvisning till *Righthaven LLC v. Realty One Group, Inc.*, No. 2:10-cv-LRH-PAL, 2010 WL 4115413 (D. Nev., October 19, 2010).



också att ställa sig frågan om det inte är så att hela AI-systemet är ett beroendeverk.<sup>373</sup> Det hänger i slutändan på AI-systemets möjligheter att tillföra kring-text, och det finns redan i dagsläget exempel på AI-system som har kunnat fortsätta skriva en text när de blivit matade med ett stycke text från ett befintligt verk.<sup>374</sup> Här har dock upphovspersonerna och rättshavarna givetvis också ett större anspråk på att ha kontroll över hur deras originalverk används och sprids, vilket tillgodoses genom bestämmelsen om beroendeverk.

När det slutligen kommer till rena kopieringar av verk för AI och ML har de också ibland tillåtits under fair use-undantagsregeln, som vi kommer att se, men då har det rört sig om att inget eller endast väldigt små delar av originalverken har tillgängliggjorts för allmänheten, varför ett spridande av rena kopior förmodligen aldrig hade ansetts vara proportionerligt eller rimligt under varken den svenska undantagskatalogen eller fair use-undantagsregeln.

Ett sådant senare förfogande är förkastligt utifrån incitaments- och belöningsteorin, och det är förmodligen därför som förfogandet även omfattas av specialstraffrätt, vilket också gör att risken för det möjligtvis är förhållandevis liten. Dock kan AI-systemens ”black box”-karaktär som vi sett tidigare i utredningen göra det svårt att bevisa intrång, och själva AI-systemet kan anses vara en företagshemlighet, vilket ytterligare försvårar bevisningen, varför innovatörer bakom AI-system kan vara mer riskbenägna än vad en fysisk person kan vara i samma situation. Det är således inte säkert att de upphovsrättsliga sanktionerna skulle avskräcka i tillräcklig mån, men det kommer vi att diskutera närmare senare. I stället riktar vi fokus åt nästa bedömningskriterium som avser proportionalitet.

### **8.3.2 Kopieringens proportionalitet till mängd och syfte får avgöras från fall till fall**

Som rubriken hintar om måste kopieringens proportionalitet sett till mängd och syfte göras från fall till fall. Om ett AI-system utvecklas som ska skriva faktaböcker som riktar sig till utbildningsväsendet, forskningsinstitutioner eller allmänheten i stort tillåts förmodligen enligt fair use-undantagsregeln ganska omfattande kopiering, särskilt om den senare framställda boken anses berika samhället genom exempelvis att göra informationen mer lättillgänglig och uppdaterad information på ett intressant område.

---

<sup>373</sup> Neil Turkewitz, 'AI, Copyright & Fair Use: Avoiding the Artificial in Intelligence & Maintaining our Humanity' <[https://medium.com/@nturkewitz\\_56674/ai-copyright-fair-use-avoiding-the-artificial-in-intelligence-maintaining-our-humanity-82af5f48ca37](https://medium.com/@nturkewitz_56674/ai-copyright-fair-use-avoiding-the-artificial-in-intelligence-maintaining-our-humanity-82af5f48ca37)>, hämtad 12 december 2020.

<sup>374</sup> Steven Poole, 'The rise of robot authors: is the writing on the wall for human novelists?' <<https://www.theguardian.com/books/2019/mar/25/the-rise-of-robot-authors-is-the-writing-on-the-wall-for-human-novelists>>, hämtad 16 december 2020.

Om en innovatör däremot skulle vilja utveckla ett AI-system som ska lära sig att skriva som en av vår tids störste författare och därför argumenterar för att hela verk måste kopieras, så skulle argumentet förmodligen falla platt, eftersom de ”nya” verken hade varit mer eller mindre kopior eller åtminstone substitut,<sup>375</sup> som hade stått i direkt konflikt med den fysiske författarens intressen av ekonomiska incitament, belöning och erkännande.

Vi kan dock dra slutsatsen att bedömningskriteriet är oerhört brett, och lämnar utrymme för förfoganden genom AI och ML i långt mycket större utsträckning än undantagskatalogen.

### **8.3.3 Rimlighet i förhållande till aktuellt område får också avgöras från fall till fall**

Det handlar återigen om ett mycket brett tolkningsutrymme för domstolen, men klart får dock anses vara att bedömningskriteriet aldrig på förhand utesluter AI-system och ML. Det är svårt att säga någonting mer ingående om bedömningskriteriernas tillämplighet på AI och ML utan att ha ett konkret fall framför sig, men bedömningskriteriernas generella karaktär tyder på att det finns ett stort argumentationsutrymme som kan inrymma AI och ML.

Vad som däremot kan sägas är att när ett helt nytt verk framställs ”i fri anslutning” till originalverken och för en ny publik, så bör kopieringen alltid anses proportionerlig och rimlig, även om kopiering av verk har skett i helhet vid inmatning till ML-algoritmerna, eftersom verken aldrig görs tillgängliga för allmänheten och outputen rimligtvis inte heller anses stå i konflikt med originalverken AI-systemet matades med.

För att göra diskussion mer handfast ska vi i det följande ta och kolla på ett rättsfall som anses vara av stor betydelse för fair use-undantagsregelns tillämpning på just AI och ML.

## **8.4 Rättsfallsstudie: *Authors Guild v. Google* – AI, ML och fair use i praktiken**

”*Authors Guild v. Google*”-fallet<sup>376</sup> som avgjordes för ett par år sedan har framhållits som det viktigaste för synen på fair use i relation till AI och ML.<sup>377</sup> Däremot råder tveksamhet om dess faktiska betydelse på området då det inte avgjordes i högsta instans och således inte är

---

<sup>375</sup> Harvard University, s.11.

<sup>376</sup> *Authors Guild v. Google, Inc.*, No. 13-4829 (2d Cir. 2015) via Justia <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829-2015-10-16.html>>, hämtad 11 december 2020.

<sup>377</sup> Stewart.

bindande för andra domstolar än i det distrikt där det avgjordes,<sup>378</sup> men i brist på andra relevanta rättsfall att analysera är det ingenting som hindrar oss från att kolla närmare på det till dess att högsta instans avgjort ett liknande fall.

Kortfattat handlade fallet om att flera bibliotek försåg Google med miljontals böcker, som Google framställde och lagrade digitala kopior av. Google använde sedan de digitala kopiorna som träningsdata i ML-algoritmer för att utveckla ett sökbart AI-system, känt under namnet Google Books, som tillgängliggör böcker för allmänheten där de tillåts söka på ord och se textutdrag från böckerna. I gengäld fick biblioteken, sedan böckerna framställdes digitalt, också lov att framställa och lagra egna kopior av de böcker som de bidragit med, under förutsättning att de använde kopiorna på ett lagligt sätt.<sup>379</sup>

Domstolen ansåg tveklöst att Google Books uppfyllde ett ”transformativt utnyttjande”, och på ett sätt som inte direkt påverkade upphovspersonernas position på marknaden. Det lades ingen större vikt vid att Google hade ett vinstintresse, och eftersom biblioteken bara fick använda de digitala kopiorna på ett sätt som inte stred mot de upphovsrättsliga bestämmelserna, så ansågs inte risken för att de skulle kunna göra det ändå väga tillräckligt tungt för att utesluta fair use. Domstolen ansåg inte heller att det förelåg en orimlig risk för inkomstbortfall på grund av hackerattacker enbart på den grund att böckerna hade framställts i digitala kopior. Sammantaget fann domstolen att Google inte hade begått något upphovsrättsintrång i enlighet med fair use-undantagsregeln.<sup>380</sup>

Vid första anblick av omständigheterna i fallet går det att förstå författarnas frustration. Ett av de starkaste incitamenten de har är att få betalt, belöning, för nedlagt arbete. Google, som har slagit sig samman med flera bibliotek, betalar ingenting för utnyttjandena av böckerna, och berövar därmed författarna på nämnda belöning, eller? På kort sikt är förlusten uppenbar. Google får kopiera böcker gratis som de i vanliga fall skulle ha varit tvungna att betala för. På lång sikt kan däremot både Google och upphovspersonerna tjäna på det, särskilt om det är

---

<sup>378</sup> Se Brian Lees kommentar på Stewarts artikel.

<sup>379</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.2-3, jämte Stewart.

<sup>380</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.4.

som Google säger att deras databas omedelbart kan tillhandahålla information en forskare inte skulle kunna tillskansa sig på en hel livstid.<sup>381</sup>

Allmänheten kan, genom att söka på ett ord eller begrepp, direkt få upp vilka böcker som är relevanta, och eftersom endast korta textutdrag tillhandahålls, så är de därefter tvungna att skaffa sig böckerna på annat sätt, exempelvis genom att köpa böckerna, varpå upphovspersonerna och rättshavarna får köpare som de potentiellt aldrig hade haft, om allmänheten inte hade hittat böckerna. På så sätt stärks upphovspersonernas och rättshavarnas incitament i längden, och belöningen blir potentiellt större än vad den annars hade blivit.

För att personerna som använder Google Books ska kunna göra bedömningen om böckerna som kommer upp är relevanta för dem eller inte ansåg domstolen att tillgängliggörandet av de små textutdragen var nödvändiga.<sup>382</sup> Ur en svensk kontext förefaller inte omständigheten särskilt problematisk, då ett sådant tillgängliggörande förmodligen skulle falla in under citaträtten.<sup>383</sup> I fallet uppgavs nämligen att oavsett hur många sökningar en person gjorde i ett verk så kunde aldrig mer än sammanlagt 16 % av boken visas, varför personen ifråga ändå ansågs vara tvungen att köpa boken för att ha någon större användning av innehållet.<sup>384</sup>

Domstolen noterade dock att det fanns viss risk för ekonomisk förlust, exempelvis om en person som använder Google Books endast behöver informationen han eller hon får genom de små textutdragen, vilket minskar både personens och i förlängningen allmänhetens samt bibliotekens efterfrågan på att köpa boken. Dock uttalades att ”det måste vara en meningsfull eller betydande effekt på den potentiella marknaden för eller värdet på det upphovsrättsligt skyddade verket.”. I det här fallet menade domstolen dessutom på att det i de flesta fall bara skulle handla om att allmänheten fick tillgång till lösryckt generisk fakta, exempelvis att en person dog ett visst årtal, och att faktauppgifter ändå inte är upphovsrättsligt skyddade.<sup>385</sup>

---

<sup>381</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.7.

<sup>382</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.23.

<sup>383</sup> Se 22 § URL.

<sup>384</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.33-35.

<sup>385</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.35-36.

Det som däremot är mer problematiskt är det faktum att Google framställde miljontals exemplar av hela böcker, vilket med största sannolikhet med dagens undantagskatalog aldrig hade ansetts tillåtet. I nu diskuterade rättsfall fann dock domstolen att den extensiva kopieringen av hela verk var rimlig och rentav nödvändig för att syftet med utnyttjandet överhuvudtaget skulle kunna uppfyllas, varför det ansågs tillåtet, men det lades också stor vikt vid att verken inte gjordes tillgängliga i sin helhet för allmänheten.<sup>386</sup> Om stora delar av verken hade gjorts tillgängliga för allmänheten uttalade domstolen att det förmodligen hade inneburit upphovsrättsintrång, om inte medgivande genom licensavtal fanns.<sup>387</sup>

En annan intressant aspekt att lyfta var att det avsåg en diskriminerande AI-modell. Google Books ansågs endast ”ge värdefull information om originalet, snarare än att replikera ett skyddat uttryck på ett sätt som genererar ett meningsfullt substitut till originalet”.<sup>388</sup> Det har därför tidigare uttalats att rättsläget fortfarande är oklart vad gäller genererande AI-modeller, men att det finns argumentationsutrymme för att även sådana AI-modeller kan omfattas. En annan fråga är däremot om vi vill öppna passagerardörren och släppa in sportbilen AI i detta avseende, särskilt då dess ”black box”-karaktär som tidigare nämnt gör det nästintill omöjligt att påvisa upphovsrättsintrång,<sup>389</sup> och utreda huruvida ett verk framställt av AI-modellen ska anses vara skapat ”i fri anslutning” eller om det är ett beroendeverk. Frågan leder oss in på nästa led i framställningen, nämligen fördelar och nackdelar med fair use-undantagsregeln.

## 8.5 Den största fördelen med fair use är dess öppenhet

Den helt överlägset största fördelen med fair use-undantagsregeln är att den hålls så oerhört öppen och bred att i princip vad som helst kan omfattas av den. Sverige, som är på jakt efter att bli världens mest framstående aktör på AI-teknologi, hade onekligen kunnat gynnas av en sådan allmänt hållen undantagsregel som kan bidra till att hjulklampen låses upp för sportbilen AI och ML, men inte utan att svenska domstolar har möjlighet att köra om den och reglera dess framfart, på ett helt annat sätt än om nya lagar behövde stiftas hela tiden.<sup>390</sup>

---

<sup>386</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.30-31.

<sup>387</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.39.

<sup>388</sup> No. 13-4829 (2d Cir. 2015), s.28.

<sup>389</sup> Stewart.

<sup>390</sup> Martin Senftleben, 'The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation' *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*, Vol. 1, No. 2, pp. 67-82, 2010, s.69, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1723867](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723867)>, hämtad 16 december 2020.

Befintliga upphovspersoner och rättshavare kan dock kritisera en sådan allmänt hållen fair use-undantagsregel utifrån incitaments- och belöningsteorin, särskilt då fair use-undantagsregeln inte utesluter kommersiellt syfte i något fall, vilket gör att innovatörer bakom AI-system tillåts komma in och profitera på att använda sig av upphovspersonernas och rättshavarnas verk utan ekonomisk kompensation. Skulle ett mer allmänt hållet undantag likt fair use-regeln införas i svensk upphovsrätt kan dessutom samtidigt identifieras en risk för att ett efterfrågeöverskott<sup>391</sup> uppstår när innovatören eller innovatörerna inte behöver betala någonting. Upphovspersonerna och rättshavarna vill fortsatt tjäna pengar på sina verk och investeringar, men om det finns ett vidsträckt undantag för AI och ML behöver ju innovatörerna inte kompensera dessa ekonomiskt.<sup>392</sup> Därmed är det tänkbart att incitamenten att fortsätta framställa verk avtar, vilket slår hårt inte bara mot upphovspersonerna, utan även mot framtida innovation och samhället i stort.

Problemet för upphovspersonerna belyses exempelvis av att endast cirka 300 personer kan försörja sig uteslutande på upphovsrätt i USA,<sup>393</sup> och de i Sverige redan utsatta upphovspersonerna skulle kunna tänkas drabbas ännu hårdare av en sådan allmänt hållen undantagsregel. Samtidigt handlar rättsekonomi också om att finna effektivitet, vilket främst går ut på att ”omallokera” resurser till de som bäst kan nyttja dem. Mjukvaruindustrin i USA bidrar med mer än 1,6 triljoner dollar till landets BNP, förser samhället med 14,4 miljoner jobb tillfällen och investerar 82,7 miljoner dollar i fortsatt innovation, årligen.<sup>394</sup> Ur ett rättsekoniskt perspektiv kan det således anses påkallat att släppa fram AI och ML.

Utan tillräckligt bra data kan däremot AI och ML som konstaterat inte utvecklas bortom en viss gräns, och det kan således snabbt uppstå problem för samhället i stort om nya verk inte kommer ut på marknaden till följd av att upphovspersonernas och rättshavarnas incitament och belöningar uteblir, i vilket fall innovatören eller innovatörerna endast riskerar ha gammal data att tillgå. Betydelsen av AI-system baserade på gammal data utan möjlighet att uppdatera sig borde anses vara liten och värdet av ett utvecklat AI-system skulle sjunka drastiskt varpå innovatören eller innovatörernas incitament att skapa nya AI-system skulle avta.

---

<sup>391</sup> Eklund s.60.

<sup>392</sup> Eklund, s.59.

<sup>393</sup> Olsson 2020, i kapitel 1 om Upphovsrättens rättspolitiska bakgrund, stycke 3 första punkten.

<sup>394</sup> BSA, s.1.

Samtidigt kan man ställa sig frågan om upphovspersonerna och rättshavarna hade påverkats i sådan hög utsträckning som ovan. Det beror visserligen på vilket AI-system det gäller, men domstolen i Google Books-fallet ansåg exempelvis inte att upphovspersonernas legitima intressen påverkades i särskilt stor utsträckning. Nu är det visserligen tänkbart att det allmänt hållna undantaget även kan få konsekvenser för upphovspersonerna och rättshavarna i övrigt och inte bara när det kommer till AI och ML. Frågan är därför om det allmänt hållna undantaget således bör begränsas till att avse endast AI- och ML-ändamål. Dock riskerar vi att återigen hamna i det fack vi nu försöker att ta oss ur, att inskränkningen återigen blir för inflexibel, åtminstone när nya innovationsformer tillkommer. Snäva undantag har dessutom generellt ansetts otillfredsställande ur ett rättshistoriskt perspektiv.<sup>395</sup>

Dock kan uppmärksammas en annan risk om ett sådant brett undantag skulle införas. Om ensamrätten skulle komma att inskränkas på detta sätt är det nämligen tänkbart att upphovspersonerna och rättshavarna kommer att kräva ett mycket högre pris för att i ett första skede överhuvudtaget göra verket tillgängligt på marknaden.<sup>396</sup> Om verket inte finns tillgängligt, blir ju undantaget värdelöst, trots att fair use-undantagsregeln visserligen inte utesluter att det är tillåtet att använda opublicerade verk, om det går att få tag i dem, det vill säga. Samtidigt kan inte upphovspersonerna eller rättshavarna sätta priserna alltför högt, eftersom det höga marknadspriset, om det ligger på en högre nivå än jämviktspriset, kommer att leda till ett utbudsöverskott på marknaden,<sup>397</sup> i vilket fall upphovspersonen eller rättshavaren endast kommer tjäna lite eller inga pengar alls på sina verk.

## **8.6 Den största nackdelen med fair use är rättsosäkerheten**

Den största nackdelen med fair use-undantagsregeln är dock förmodligen rättsosäkerhetsaspekten. Fair use lämnar utrymme för godtyckliga bedömningar, och det händer att bedömningar som tas i fair use-frågor är motsägelsefulla.<sup>398</sup> Rättsprocesser är mycket tids- och kostnadskrävande, varför ordningen kan kritiseras utifrån en rättsekonomisk vinkel sett till att hålla nere transaktionskostnader. Det kan argumenteras för att upphovspersoner och rättshavare måste kunna ha mer kontroll över sina verk, eller åtminstone ha en möjlighet att beskydda sig mot för långtgående upphovsrättsintrång, som på

---

<sup>395</sup> The Center for Democracy & Technology, s.9.

<sup>396</sup> Olsson 2020, i kapitel 1 om Upphovsrättens rättspolitiska bakgrund, stycke 3 första punkten.

<sup>397</sup> Eklund, s.60.

<sup>398</sup> Stim (2019).

ett orimligt sätt inkräktar på deras legitima intressen. Samtidigt kan det vara även till innovatörernas nackdel då rädslan för upphovsrättsintrång kan hålla tillbaka utvecklingen.<sup>399</sup>

Dock kan man tänka sig att risktagandet hos innovatörerna blir ännu större om en undantagsregel för AI och ML införs som tillåter utnyttjande av verk i kommersiella syften, vilket fair use gör i vissa fall. Vi har tidigare klarlagt att det finns stora pengar att hämta genom exempelvis AI-skapad konst, och det är mer troligt att AI och ML kommer att användas i kommersiella syften än vid exempelvis forskning och undervisning. Samtidigt finns mycket av incitamenten hos innovatörerna bakom AI-systemen i möjligheten att tjäna pengar på vad de skapar, varför en undantagsregel som inte möjliggör utnyttjanden av verk i kommersiella syften kraftigt kan begränsa den teknologiska utvecklingen.

Det påverkar inte bara innovatörerna utan hela samhället på ett negativt sätt. Möjligtvis bör lagstiftaren därför i stället för att exempelvis begränsa undantagsregeln till AI och ML eller icke-kommersiella syften, se över att införa extra hårda sanktioner mot upphovsrättsintrång som begås vid användning av AI och ML vid kommersiella syften, för att förhindra omoraliska handlingar. Framförallt på grund av att innovatörer bakom AI-system har en fördel i att de kan ”köra på” utan några större bekymmer, till dess att någon upphovsperson eller rättshavare opponerar sig mot utnyttjandet av deras verk.

Även då har visserligen uphovspersoner och rättshavare en tung bevisbörda, särskilt på grund av den ”black box”-karaktär som kringgärdar djup ML. Så länge verken stannar inom denna ”black box” och inte görs tillgängliga för allmänheten kan dock ifrågasättas om uphovspersonerna eller rättshavarna egentligen påverkas i någon nämnvärd utsträckning, utan det borde först vara när dessa tillgängliggörs för allmänheten som den riktiga skadan uppkommer, och i sådana fall ankommer det på domstolen precis som i vilket fall angående upphovsrättsintrång som helst att avgöra om det framställda verket utgör ett intrång i uphovspersonernas eller uphovsrättshavarnas ensamrätter. En sådan bedömning är i vilket fall inte främmande ens för de svenska domstolarna.

Det är inte heller någon som föreslår att de svenska snäva undantagen som bidrar med förutsebarhet och rättssäkerhet behöver försvinna. Rättsosäkerhetsaspekten med fair use

---

<sup>399</sup> Aufderheide och Jaszi, s.xi.



behöver därför inte överdrivas. Viktigt att ha i åtanke är att de flesta skillnader som föreligger mellan fair use-undantagsregeln och undantagskatalogen är omständigheter som anses tillåtna endast i undantagsfall i USA. Den kanske potentiellt enda ”äkta” rättsosäkerhetsaspekten ligger i att det inte finns något krav på speciellt förfogande eller syfte, men hur många olika förfoganden och syften finns det egentligen? De faktiskt betydelsefulla upphovsrättsinträngen bör kunna fångas upp, och viktigast av allt är kanske att fair use-undantagsregeln aldrig blir mer allmänt hållen än vad domstolen tillåter den att bli, vilket i och för sig kan vara negativt för innovatörer, om den svenska domstolen väljer att inta en restriktiv position.

Möjligtvis kan man också för AI- och ML-ändamål införa koder av ”best practice”, som finns etablerade redan för andra ändamål när det kommer till fair use-undantagsregeln. Sådana koder har tidigare beskrivits minska eventuella upphovsrättsintrång drastiskt.<sup>400</sup>

## **8.7 En utmaning ligger i rättssystemen och rättskulturen**

Nu har inte en heltäckande jämförelse av ländernas rättssystem och rättskultur företagits, och det är inte heller framställningens avsikt, men i ljuset av det ovanstående går det ändå att identifiera skillnader i rättssystemen och rättskulturen som kan orsaka problem vid ett eventuellt införande av fair use-undantagsregeln i svensk rätt. Den kanske största skillnaden ligger i hur USA ser på rätten såsom skapad av domstolarna, medan Sverige har en relativt specifikt utformad lagstiftning som hanterar de flesta juridiska frågorna som uppstår.

Eftersom ordningen med en allmänt hållen undantagsregel som i hög utsträckning är beroende av domstolstolkning är relativt främmande för svensk upphovsrätt, så skulle det kunna leda till oväntade konsekvenser och ytterst en bortstötning av undantagsregeln,<sup>401</sup> vilket skulle vara otillfredsställande. En kartläggning bör därför göras av hur den svenska marknaden skulle motta en fair use-undantagsregel, eftersom den kan tänkas få långsiktiga konsekvenser. Ett skräckexempel är Kanada som år 2012 utvidgade sitt fair dealing-undantag till att omfatta undervisning, vilket försatte flera skolboks-förlag i konkurs, och en farhåga är att elevernas resultat på grund därav kommer att sjunka på sikt.<sup>402</sup> Ett annat är den så kallade

---

<sup>400</sup> Aufderheide och Jaszi, s.139.

<sup>401</sup> Senftleben och Hugenholtz, s.8, jämte Valguarnera i Korling och Zamboni, s.158.

<sup>402</sup> Olsson 2020, i kapitel 1 om Upphovsrätten rättspolitiska bakgrund, stycke 4.

”efterbildningsindustrin” som skapades i Tyskland så länge patenträtt inte fanns, och orsakade stagnation i utvecklingen av nya uppfinningar.<sup>403</sup>

Frågan är dock hur stor risken faktiskt är. Vi har som tidigare nämnt generalklausuler inom andra rättsområden, och dessutom finns det flera regler som kräver domstolstolkning även inom URL, varav den primära är att utreda om verket ifråga överhuvudtaget är upphovsrättsligt skyddat när ett upphovsrättsintrång påstås begåtts och hur långt skyddet sträcker sig, varför domstolen bör kunna klara av att hantera eventuella problem som uppstår. Det har i doktrin exempelvis uttalats att skyddets utsträckning är ”en mycket komplex fråga som kräver kunskap om och förståelse för den upphovsrättsliga lagstiftningen, och den kan slutligt bara avgöras av domstol med beaktande av den nödvändiga balansen av systemet som helhet.”<sup>404</sup> Dessutom har svensk domstol tidigare tagit inspiration från utländsk praxis, vilket även skulle kunna vara möjligt i förhållande till fair use-undantagsregeln.<sup>405</sup>

Vi måste dock också ställa oss frågor såsom, ”vill vi bygga ett samhälle som framhåller bristande medgivande som en dygd?”, ”var medgivanden måste avstås för att uppnå framsteg inom innovation?”<sup>406</sup> och rättstvister med tillhörande transaktionskostnader kan tänkas öka på ett icke tillfredsställande sätt? Som vid diskussionen om piratkopiering kan en risk tänkas föreligga i att inte bara uphovspersoner och rättshavare drabbas ekonomiskt, utan även återförsäljare av verken, exempelvis företag och butiker, som får betala för de minskade intäkterna genom högre priser och som sannolikt i sin tur kommer att övervältra kostnaderna på kunderna,<sup>407</sup> vilket kan försätta hela marknaden i obalans.<sup>408</sup>

Det ovanstående är dock endast ämnat att peka på fördelar och nackdelar samt utmaningar med en sådan nu diskuterad fair use-undantagsregel, och det är givetvis påkallat att utreda mer i detalj om en sådan faktiskt i slutändan kan införas i svensk upphovsrätt, men av det ovan nämnda finns inga anledningar att inte gå vidare och kolla på om fair use-undantagsregeln är kompatibel och förenlig med det internationellt erkända trestegstestet.

---

<sup>403</sup> Koktvedgaard och Levin, s.31.

<sup>404</sup> Koktvedgaard och Levin, s.62.

<sup>405</sup> Kleineman i Korling och Zamboni, s.41.

<sup>406</sup> Turkewitz.

<sup>407</sup> Mabry Gordon, s.29.

<sup>408</sup> Aufderheide och Jaszi, s.47.

## 9. Finns verktygen till att lossa hjulklampen i trestegstestet?

Sverige får inte införa några andra undantag än de som återges i Infosoc-direktivet, då listan är uttömmande,<sup>409</sup> men det vi kan göra är att argumentera för att ett sådant fair use-undantag ska införas på EU-nivå.<sup>410</sup> Motiven till ett införande av ett nytt undantag bör dock vara mycket starka då upphovsrätt i grunden är en mänsklig rättighet,<sup>411</sup> och grundlagsskyddad.<sup>412</sup> Samtidigt har i doktrin uttalats att dagens upphovsrättsystem är obalanserat och till nackdel för samhället,<sup>413</sup> och det finns starkt politiskt stöd till lagändringar när det kommer till AI och teknologi. Införandet av ett allmänt hållet undantag kan möjligtvis liknas vid det politiska drev som önskade se en väsentligt nedskuren ensamrätt till förmån för vad som skulle bli en “kulturell allemansrätt” på 1970-talet.”<sup>414</sup> men den fråga som måste besvaras i det följande är om fair use-undantagsregeln är kompatibel och förenlig med trestegstestet.

Trestegstestet är en internationell standard för att bedöma om det är tillåtet att införa ett undantag i nationell lagstiftning,<sup>415</sup> och Sverige beaktar den när nya undantag tillkommer i URL,<sup>416</sup> men det är också en internationell tolkningsregel för domstolar när undantagsregler i oklara rättsfrågor ska tolkas, varför vi även kommer att kolla på ett NJA-fall<sup>417</sup> där detta gjordes relativt nyligen. Således är det inte i sig en undantagsregel, men man kan kolla på om fair use är kompatibel med trestegstestet, alternativt skulle det potentiellt kunna göras om till en undantagsregel, då dess kriterier i viss utsträckning motsvarar fair use-undantagsregelns.

Testet etablerades i BK,<sup>418</sup> och har därefter införts i en rad andra rättskällor,<sup>419</sup> varav de viktigare är Infosoc-direktivet<sup>420</sup> samt TRIPS-avtalet<sup>421</sup>. Det brukar framhållas som ett av de svåraste hinder att ta sig över när en fair use-undantagsregel diskuteras i en europarättslig

---

<sup>409</sup> Tritton m.fl., s.537.

<sup>410</sup> Tvåvåningssystemet inom EU gör att EU stiftar lag, och medlemsstaterna implementerar dem, se Reichel i Korling och Zamboni, s.111.

<sup>411</sup> Se Art.27(2) i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna, jämte Tritton m.fl., s.4.

<sup>412</sup> Se 2 kap. 16 §, kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (Regeringsformen) (RF).

<sup>413</sup> Aufderheide och Jaszi, s.146.

<sup>414</sup> Bergström s.15.

<sup>415</sup> Australian Law Reform Commission, 'Fair use complies with the three-step test', Copyright and the Digital Economy (ALRC Report 122, 2013), s.4.136 <<https://www.alrc.gov.au/publication/copyright-and-the-digital-economy-alrc-report-122/4-the-case-for-fair-use/fair-use-complies-with-the-three-step-test/>>, hämtad 27 november 2020.

<sup>416</sup> Prop. 2004/05:110, s.81 och 83.

<sup>417</sup> NJA 2016 s.212.

<sup>418</sup> Art.9(2).

<sup>419</sup> Se Tritton m.fl., s. 474 och s. 536, med hänvisning till TRIPS Art. 13, WCT Art. 10, WPPT Art. 16, the Computer Programs Directive Art. 6(3) and the Database Directive Art. 6(3).

<sup>420</sup> Art.5(5).

<sup>421</sup> Art.13.

kontext, särskilt då ordalydelsen är vag, och regeln i de få fall som den faktiskt varit uppe för diskussion varit svårtillämpbar i brist på vägledning,<sup>422</sup> samt tolkats restriktivt,<sup>423</sup> men kan sportbilen ändå ta sig över farthindret?

Trestegstestetets vaga formulering har tidigare framhållits som en svaghet, men kan möjligtvis också anses vara en styrka i den bemärkelsen att den lämnas öppen för tolkning,<sup>424</sup> vilket vi kommer se i det följande. Fair use-undantagsregeln ansågs till en början svag på grund av samma anledning, men anses nu vara både kraftfull och flexibel.<sup>425</sup> Här ska dock först nämnas att trestegstestet i dagsläget inte är fullt lika flexibelt som fair use-undantagsregeln, eftersom trestegstestetets bedömningskriterier till skillnad från fair use-undantagsregelns är kumulativa.<sup>426</sup> Med det i och för sig inte sagt att det inte går att ändra denna omständighet, eller att en fair use-undantagsregel inte skulle gå igenom testet redan i dagsläget.

Bedömningen av om sportbilen klarar av att sig över farthindret kommer att utgå ifrån trestegstestet såsom det är återgivet i Infosoc-direktivet och TRIPS-avtalet. Anledningen till varför TRIPS-avtalet används och inte BK är eftersom trestegstestet i BK aldrig officiellt tolkats, medan regeln i TRIPS-avtalet åtminstone varit föremål för tolkning av en WTO-panel vid ett tillfälle och det därför finns en grund att utgå ifrån i diskussionen.<sup>427</sup> I praktiken spelar det dock mindre roll vilken eller vilka som används, eftersom Sverige är bundet av alla tre,<sup>428</sup> och rekvisiten som ska vara uppfyllda är i huvudsak desamma.

Jämför artikeln i Infosoc-direktivet som lyder: ”de undantag och inskränkningar som föreskrivs i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på

---

<sup>422</sup> William Cornish och David Llewelyn, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (Uppl. 6, Sweet & Maxwell, 2007) s.384.

<sup>423</sup> Christophe Geiger, Jonathan Griffiths och Reto M. Hilty, *Towards a Balanced Interpretation of the "Three-step Test" in Copyright Law*, i *European intellectual property review* [2008] E.I.P.R., s.489., s.489-490 <[https://www.researchgate.net/publication/43234006\\_Towards\\_a\\_Balanced\\_Interpretation\\_of\\_the\\_Three-Step\\_Test\\_in\\_Copyright\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/43234006_Towards_a_Balanced_Interpretation_of_the_Three-Step_Test_in_Copyright_Law)>, hämtad 17 november 2020.

<sup>424</sup> Aufderheide och Jaszi, s.151.

<sup>425</sup> Aufderheide och Jaszi, s.9 och 12.

<sup>426</sup> Mount Holyoke, 'Copyright: Fair Use and the Four Factors Explained' (2020) <<https://guides.mtholyoke.edu/copyright/fair-use>>, hämtad 10 december 2020.

<sup>427</sup> Electronic Frontier Foundation, 'The Three-step Test', s.2, <[https://www EFF.org/files/2014/09/16/three-step\\_test\\_fnl.pdf](https://www EFF.org/files/2014/09/16/three-step_test_fnl.pdf)>, hämtad 16 november 2020.

<sup>428</sup> Sverige anslöt sig till Bernkonventionen 1904, se prop. 2004/05:110, s.40, och ratificerade TRIPS-avtalet med ikraftträdande 1996, se prop. 2004:05110, s.42 samt prop. 1994/95:35.

rättsinnehavarnas legitima intressen”,<sup>429</sup> med en svensk översättning av motsvarande artikel i TRIPS-avtalet som lyder i huvudsak: Medlemmar ska begränsa undantag till att avse vissa speciella fall som inte står i konflikt med ett normalt utnyttjande av verket och inte heller på ett orimligt sätt skadar upphovspersonens legitima intressen.<sup>430</sup>

## 9.1 Vissa speciella fall

Det första rekvisitet tar sikte på att undantaget ska avse endast vissa specifika fall. HD har tolkat rekvisitet som att undantagsregeln måste vara ”tydligt avgränsad och preciserad”,<sup>431</sup> och WTO-panelen har tolkat det som att endast undantag som är tydligt definierade samt snäva till sin omfattning och utsträckning är tillåtna att införa under nationell lagstiftning.<sup>432</sup> Utifrån den tolkningen är det svårt att se hur ett flexibelt och mer allmänt hållet undantag likt fair use som bedöms på ett fall till fall-basis är förenligt med trestegstestet. Kriterierna för fair use är enligt beskrivningen av regeln vaga, och ett införande av den typen av undantagsregel bör i sådana fall redan anses falla på att undantaget inte är tydligt definierat.

Kravet på en tydlig definition verkar dock uppställt av HD och WTO-panelen själva, varför en öppet formulerad undantagsregel inte nödvändigtvis är otillåten enligt trestegstestet. Frågan är då om en fair use-regel skulle uppfylla kravet på att undantaget endast får avse vissa speciella fall. Många juridiska forskare anser att en fair use-undantagsregel skulle kunna uppfylla kravet, förutsatt att dess omfattning rimligtvis går att förutse.<sup>433</sup> En första tanke är att en fair use-regel som specificerar AI uppfyller kravet, men AI är som nu känt en huvudkategori till flera underkategorier, vilket förmodligen gör att förutsebarheten blir för svag. En andra tanke är då att specificera ML, vilket är det vi främst vill åt här. Kopiering av verk skulle i sådana fall endast tillåtas vid upplärning av AI med hjälp av ML, vilket får anses uppfylla kravet på att undantaget endast får lov att avse vissa speciella fall.

---

<sup>429</sup> Art.5(5), Infosoc-direktivet.

<sup>430</sup> Översättningen gjord av mig, jfr. den engelska ordalydelsen i Art. 13 TRIPS-avtalet och Art.9(2) BK.

<sup>431</sup> Se NJA 2016,s.212, p.12.

<sup>432</sup> Henning Grosse Ruse – Khan, 'Fair Use, Fair Dealing and Other Open Ended Exceptions: The Application of the Three Step Test' på WIPO African-Arab Seminar on Copyright Limitations and Exceptions i Kairo, 2 november 2009, s.11, hämtad 16 november 2020.

<sup>433</sup> Christophe Geiger m.fl., 'Declaration A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law', 1 (2010) JIPITEC 119 para 1, s.121, <[https://www.jipitec.eu/issues/jipitec\\_1-2-2010/2621](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec_1-2-2010/2621)>, hämtad 16 november 2020.

Även om ML skulle uppfylla kravet, så bör vi möjligtvis satsa högre i syfte att främja den teknologiska utvecklingen och AI i stort, vilket kan vara möjligt att göra. En professor har exempelvis framfört att ”fairness”-bedömningen i fair use är ett speciellt fall i sig, även om flera olika förfoganden kan tänkas bli aktuella.<sup>434</sup> Det kan ligga något i den bedömningen, särskilt eftersom USA tillsammans med flera andra länder, däribland Filipinerna, Israel och Sydkorea, som infört en fair use-undantagsregel aldrig mötts av motstånd, trots att åtminstone USA också omfattas av trestegstestet.<sup>435</sup> Sedan går det givetvis inte bara utifrån det faktum att åtgärder inte vidtagits i dessa fall dra slutsatsen att införandet av en fair use-regel är tillåten. Det kan också röra sig om att inget eller inga andra länder exempelvis haft intresse av eller särskild anledning ännu att potentiellt stöta sig med USA,<sup>436</sup> som är en stormakt.

Medan argumentet att USA och övriga länder med en fair use-undantagsregel inte mötts av motstånd ännu således är ganska svagt, så kan vi möjligtvis i stället hämta ett starkare argument ur TRIPS-avtalets motiv.<sup>437</sup> Där står nämligen stadgat att skyddet och efterlevnaden av bland annat upphovsrätten ”bör bidra till främjandet av teknologisk innovation och överföring samt spridning av teknik, till ömsesidig fördel för producenter och användare av teknisk kunskap och på ett sätt som bidrar till social och ekonomisk välfärd och en balans mellan rättigheter och skyldigheter.”<sup>438</sup> Tanken med trestegstestet framstår utifrån det nyssnämnda likt fair use som en proportionalitetsmekanism som syftar till att göra en intresseavvägning mellan rätten till skydd och ett undantags positiva samhällseffekter, inte en enkelriktad vägskylt som hindrar sportbilen från att ta sig framåt.

Utifrån motivet i TRIPS-avtalet går det att argumentera för att dagens svenska upphovsrättssystem hindrar den teknologiska utvecklingen av AI och ML på ett orimligt sätt, exempelvis sett till att AI-system inte kan inhämta inspiration från verk på samma sätt som en människa utan att innovatören eller innovatörerna bakom AI-systemet förmodligen anses begå upphovsrättsintrång. Dessutom går den teknologiska utvecklingen så snabbt att det vore

---

<sup>434</sup> ALC Report 122, s.4.150.

<sup>435</sup> ALC Report 122, s.4.156.

<sup>436</sup> ALC Report 122, s.4.157.

<sup>437</sup> Vissa länder har använt trestegstestet för att tolka befintliga undantagsregler, i vilket sammanhang många forskare uttalat att trestegstestet inte innebär att eventuella undantagsregler behöver tolkas snävt, utan att tolkningen i stället bör göras utifrån undantagsreglernas mål och syfte, se Geiger m.fl. s.120-121. Det bör därför även vara möjligt att bedöma ett införande av en undantagsregel enligt exempelvis TRIPS-avtalets motiv.

<sup>438</sup> Se TRIPS-avtalet, Art.7.

orimligt att kräva så snäva undantag som HD och WTO-panelen tänker sig för att inte tala om att upphovsrätten alltid hade legat steget efter utvecklingen, vilket är allt annat än tillfredsställande. Ett mer allmänt hållet undantag bör därför kunna anses uppfylla rekvisitet.

## 9.2 Inte stå i konflikt med ett normalt utnyttjande av verket

Det andra rekvisitetet stadgar att det som undantaget möjliggör inte får stå i konflikt med ett normalt utnyttjande av verket. Rekvisitetet liknar i hög utsträckning det fjärde bedömningskriteriet enligt fair use-undantagsregeln. Här har HD uttalat att utnyttjandet som undantagsregeln möjliggör inte får konkurrera med upphovspersonens ”rätt att exploatera sitt verk” varken analogt eller digitalt,<sup>439</sup> och WTO-panelen har gjort tolkningen att undantaget inte får möjliggöra utnyttjanden som innebär att upphovspersoner eller rättshavare förlorar betydande eller konkreta ekonomiska vinster på en befintlig eller potentiell marknad.<sup>440</sup>

Om vi föreställer oss situationer där vi avser lära upp AI-system i exempelvis robotar som ska delta i produktion av bilar, så är det svårtänkbart att utnyttjandet av böcker vid ML skulle stå i konflikt med ett normalt utnyttjande av verken. Böckerna används endast för att roboten ska lära sig att utföra en viss syssla, och verken kommer aldrig att vidare distribueras till marknaden eller annars göras tillgängliga för allmänheten. Om vi i stället tänker oss ett scenario där ett AI-system matas med tusentals skönlitterära deckarböcker för att sedan börja producera egna deckarböcker i ett rasande tempo är det tänkbart att de upphovspersoner eller rättshavares vars verk utnyttjades i samband med ML snuvas på betydande eller konkreta vinster på en befintlig marknad, vilket är förkastligt ur incitaments- och belöningsteorin.

Frågan är dock om dagens AI-system är så sofistikerade att de hade kunnat producera verk i sådan takt att det hade inverkat menligt på upphovspersonernas inkomster. Om vi exempelvis kollar på journalistikbranschen har åtminstone de allra flesta existerande nyhetsrobotarna mig veterligen endast kapacitet att skriva kortare referat och notiser,<sup>441</sup> vilket leder till bedömningen att de inte kan konkurrera ut upphovspersonerna eller rättshavarna i dagsläget, men även om dagens AI-system inte har kapacitet att massproducera verk, så vore det i och

---

<sup>439</sup> Se NJA 2016, s.212, p.12.

<sup>440</sup> Grosse Ruse-Khan, s.11.

<sup>441</sup> TT Nyhetsbyrån, 'Robotjournalistik' <<https://tt.se/robotjournalistik/>>, hämtad 18 november 2020.

för sig felaktigt att endast utgå ifrån dagens teknologi vid en prövning av ett eventuellt införande av en ny undantagsregel. Syftet med att utreda ett införande är ju att främja den teknologiska utvecklingen, inte enbart se till den teknologiska utveckling som redan varit.

Utifrån det ovanstående finns således en risk för att en fair use-undantagsregel inte skulle anses uppfylla rekvisitet i situationer när ett AI-system är tänkt att producera egna verk baserat på upphovspersoners och rättshavares tidigare verk. Flera forskare har däremot hävdat att en undantagsregel klarar det andra rekvisitet ändå om undantaget: (i) baseras på viktiga konkurrensöverväganden, eller (ii) kan motverka orimliga konkurrensbegränsningar, och då i synnerhet på sekundärmarknader.<sup>442</sup> Monopolliknande ensamrätter kan vara skadliga för den svenska ekonomin och ha oönskade inlåsnings effekter på marknaden som stävjar konkurrensen och pressar upp priserna. Genom att tillåta AI, så är det tänkbart att konkurrensen åtminstone framöver kommer att bli hårdare, vilket får till följd att priserna pressas ned och kulturen blir mer allmänt tillgänglig.

Den ekonomiska marknaden mår bra av viss konkurrens, eftersom den ekonomiska marknadsmodell kretsar kring att kapital omallokeras till den eller de mest lönsamma aktörerna.<sup>443</sup> Det är visserligen tänkbart, och egentligen ofrånkomligt, att några aktörer faller bort när nya introduceras på marknaden, men så måste det vara. Upphovspersoner eller rättshavare som inte kan göra pengar på sina verk trots ökad konkurrens förtjänar enligt rättsekonomiska resonemang inte att vara kvar på marknaden. Dessutom kan incitamenten att producera ”bättre” verk sägas öka om konkurrensen blir hårdare på marknaden, vilket gynnar samhället i stort genom ett bredare och djupare kulturellt utbyte. Det är även tänkbart att Sverige skulle stå sig bättre i den internationella konkurrensen vid ett införande av en fair use-undantagsregel, som vi kommer att se nedan under det tredje och sista rekvisitet.

Nyssnämnda argumentation får också anses stämma överens med TRIPS-avtalets motiv att främja teknologin för att gynna samhället, och det är således möjligt att en fair use-regel vid prövning även skulle anses uppfylla det andra rekvisitet.

---

<sup>442</sup> Geiger m.fl., s.121.

<sup>443</sup> Eklund, s. 36-51.



### **9.3 Inte på ett orimligt sätt skada upphovspersonens legitima intressen**

Det tredje och sista rekvisitet kopplar an till det andra rekvisitet och stipulerar att undantaget inte får möjliggöra ett utnyttjande som på ett orimligt sätt skadar upphovspersoners legitima intressen, vilket är samma bedömning som görs enligt proportionalitets- och rimlighetsbedömningen enligt fair use-undantagsregeln. WTO-panelen har främst identifierat ensamrättens ekonomiska värde, vilket får bestämmas utifrån en uppskattning av marknadsvärdet av en licens. Här uttalas att ett undantag är otillåtet om det orsakar eller har potential att orsaka en orimlig förlust av inkomst för upphovsrättsägare, om det inte samtidigt införs en tvångslicens, som möjliggör att upphovsägare får kompensation. Slutligen uttalas att samhällsintressen aldrig kan vinna över rättshavares intressen i detta avseende.<sup>444</sup>

Som vi såg under bedömningen av det andra rekvisitet finns det en risk för att AI-system kan komma att ha en inverkan på upphovspersoners och rättshavares legitima ekonomiska intressen, och frågan är då om det kan tänkas skada upphovspersoners eller rättshavares legitima ekonomiska intressen på ett orimligt sätt. Även om innovatörerna bakom produktionsroboten inte tänker utnyttja verken på ett sådant sätt att det kommer i konflikt med ett normalt utnyttjande av verken och inkräktar på en befintlig eller potentiell marknad, så är det ofrånkomligt att upphovspersonerna eller rättshavarna till verken kommer att gå miste om den inkomst som annars hade varit följden av att innovatörerna bakom AI-systemet förhandlade till sig licenser för utnyttjandet.

I det här fallet spelar det således egentligen ingen roll vad för typ av AI-system vi talar om, utan ett sådant vidsträckt fair use-undantag som möjliggör ett utnyttjande av hela verk löper en överhängande risk att anses på ett orimligt sätt kränka upphovspersonernas eller rättshavarnas legitima ekonomiska intressen, vilket går att kritisera utifrån incitamentsteorin. Samtidigt ansåg domstolen i Google Books-fallet att upphovspersonernas legitima intressen inte påverkades menligt av att hela verk kopierades och hölls säkert lagrade inom en stor bokdatabas, varför det således inte behöver anses vara otillåtet.

---

<sup>444</sup> Grosse Ruse-Khan, s.12.

Många forskare är däremot av uppfattningen att tredjepartsintressen bör vägas in i bedömningen, och framförallt om intressena går att hänföra till fundamentala rättigheter, marknadskonkurrens eller andra samhällsintressen, såsom kulturell, social och ekonomisk utveckling.<sup>445</sup> Tankesättet följer utilitaristisk anda väl, att ”värdet”, den totala allmännyttan av en bredare kultur, överväger ”kostnaden” för upphovspersonerna och rättshavarna.<sup>446</sup>

I åtminstone en svensk upphovsrättslig kontext får det anses märkligt att WTO-panelen uttryckt sig i termer av att den ena sidans intressen ”vinner” över den andra sidans. Inom svensk upphovsrätt är intresseavvägningen nämligen till för att skapa balans mellan samtliga inblandade parter intressen, inte för att utse en vinnande sida vars intressen i princip aldrig kan tänkas behöva stå tillbaka. Tanken om en balansavvägning stämmer därför bättre överens med forskarnas uppfattning om att hänsyn även bör tas till tredjepartsintressen av bland annat fundamentala rättigheter, konkurrens samt samhällsutveckling. Det syns inte minst i att HD här intog en mjukare position och valde att se till proportionalitet och samhällsnytta.<sup>447</sup>

En fundamental rättighet som kan övervägas i sammanhanget är den mänskliga rättigheten om yttrandefrihet.<sup>448</sup> Alla ska ha rätt att uttrycka sig på det sätt och i de former som de vill, och i nuläget gör upphovsrätten det svårt för innovatörer att utnyttja AI-system fullt ut för att uttrycka sin skapandeförmåga.<sup>449</sup> Det finns i och för sig begränsningar kopplade även till fundamentala rättigheter, och en sådan är exempelvis att andra människors legitima intressen i regel inte får lov att kränkas som ett led i någons uttryckande av yttrandefriheten.<sup>450</sup>

Vi har samtidigt redan i viss mån täckt in att det kan finnas starka konkurrensrättsliga och andra samhällsintressen som talar för ett införande av en fair use-undantagsregel. När exempelvis Australien diskuterade ett införande av en fair use-undantagsregel noterade landet att de länder som infört en sådan fair use-undantagsregel också åtnjöt betydande ekonomiska och sociala fördelar utan att gå in närmare på ämnet.<sup>451</sup> Genom att spinna vidare på detta är

---

<sup>445</sup> Geiger m.fl., s.121.

<sup>446</sup> Aufderheide och Jaszi, s.173, Appendix D.

<sup>447</sup> Se NJA 2016 s.212, p.12.

<sup>448</sup> Europeiska Konventionen om skydd för de Mänskliga Rättigheterna (EKMR), Art.10(1).

<sup>449</sup> Se 1 kap. 1 § andra stycket yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469) (YGL).

<sup>450</sup> Se EKMR, Art.10(2), jämte 2 och 3 §§ URL.

<sup>451</sup> ACLR Report 122, s.4.164.

det även onekligen så att Sverige skulle kunna gynnas av ett mer allmänt hållet undantag för AI och ML genom att landet exempelvis skulle kunna exportera desto mer upphovsrätt internationellt när kapaciteten hos AI-systemen ökar och de kan förväntas producera verk i en bra mycket högre takt än vad en fysisk person någonsin kommer att kunna göra.

Det går visserligen att ställa sig frågan om dessa ovanstående intressen är av den rang att en intresseavvägning skulle få till följd att ett undantag som tillåter ett utnyttjande av hela verk inte skulle anses på ett orimligt sätt skada upphovspersoners eller andra rättshavares legitima ekonomiska intressen. Dock får man komma ihåg att en fair use-undantagsregel inte per automatik möjliggör sådana vittgående utnyttjanden, utan det föreligger en begränsning i den proportionalitetsbedömning som ska göras i det enskilda fallet. En sådan ordning möjliggör i och för sig att AI-system som potentiellt, eller åtminstone i teorin kan tänkas behöva använda sig av hela verk, kan göra det om nödvändigt, men det är samtidigt inte en inkörsport för alla innovatörer oavsett syfte att utnyttja andras verk utan ersättning, varför det är tänkbart att en sådan regel ändå skulle kunna införas i svensk upphovsrättslagstiftning.

Möjligtvis kräver dessa allra mest ingripande fallen tvångslicens, vilket den svenska URL redan har exempel på och som syftar till att tillgodose upphovspersoners och rättshavarnas rätt till belöning,<sup>452</sup> men samtidigt verkar kravet uppställt av WTO-panelen, varför det inte nödvändigtvis är ett krav som behöver beaktas. Dessutom skulle en sådan ordning igen få betydande inlåsnings effekter, då vi tidigare diskuterat att det finns uppenbara svårigheter med att betala licensavgifter till tusen- eller miljontals upphovs personer eller rättshavare.

Av allt att döma bör en fair use-undantagsregel således också kunna anses uppfylla det tredje rekvisitet, vilket innebär att det åtminstone borde vara juridiskt möjligt enligt trestegstestet att införa en fair use-undantagsregel i Sverige, förutsatt att det görs möjligt på EU-nivå. Som vi har sett påminner även bedömningen som görs i de tre stegen motsvarande bedömning som görs enligt fair use-undantagsregeln, varför inspiration till en ny undantagsregel skulle kunna hämtas direkt ur trestegstestet, och eftersom det ska göras på EU-nivå, föreslås att utgångspunkt tas i trestegstestet såsom det återges i Infosoc-direktivet.

---

<sup>452</sup> Se exempelvis tidigare utredda undantag för framställning av samlingsverk för användning vid undervisning, som tillåter kopiering, men endast mot ersättning, 18 § URL.

#### 9.4 Föreslagen ordalydelse i en EU-/svensk fair use-undantagsregel

En sådan ordning har redan tidigare föreslagits, och då med lydelsen: ”I vissa speciella fall jämförbara med de som återspeglas i undantagen och begränsningarna stadgade i artikel 1, 2, 3 och 4, kan även utnyttjanden av verk eller verk som inte uppnår verkshöjd men omfattas av närståenderättigheter undantas från rätten till mångfaldigande enligt artikel 2 och/eller rätten till överföring av verk till allmänheten och rätten att göra andra alster tillgängliga för allmänheten enligt artikel 3, förutsatt att ett sådant utnyttjande inte står i konflikt med ett normalt utnyttjande av verket eller verk som inte uppnår verkshöjd men omfattas av närståenderättigheter och inte heller gör det på ett sätt som skadar rättshavarens legitima intressen på ett orimligt sätt.”<sup>453</sup>

Sverige och EU verkar således ha verktygen att lossa hjulklampen i trestegstestet, samtidigt som de även själva verkar ha en ganska kraftfull sportbil, som skulle kunna hänga med i svängarna och till och med köra om och kontrollera tempot av sportbilen AI framledes, men för att en eventuell fair use-undantagsregel vid införande i svensk rätt inte ska bli för snäv till sin omfattning, så kan ett förslag vara att lägga till ”i vissa speciella fall jämförbara med, *men inte begränsade till*, de som återspeglas i undantagen...”.

### 10. Slutsatser – mållinjen för sportbilen AI

I ljuset av det ovanstående kan konstateras att den svenska upphovsrätten lämnar ett ytterst begränsat och nästintill obefintligt utrymme för AI och ML. Undantagsreglerna kan möjligtvis i vissa avseenden och för vissa specifika ändamål, exempelvis forskning och utbildning, efter viss uttänjning av rättsreglerna anses lämna utrymme för användning av AI- och ML-teknologi. Det gäller dock bara diskriminerande AI-modeller, och genererande AI-modeller, som är mest intressanta och kan tänkas ge Sverige de största fördelarna genom bland annat en bredare kultur och en starkare konkurrensposition på den internationella arenan får anses uteslutna i dagsläget.

Det är uppenbart att det högteknologiska samhället får stå tillbaka för det analoga och förlegade samhället, och utifrån ett rättsekonomiskt perspektiv finns inte mycket att

---

<sup>453</sup> Senftleben, s.76.

diskutera. En ordning som släpper fram AI och ML leder till högre effektivitet på marknaden, mer pengar och en bredare kultur, vilket gör att en ”omallokering” av rättigheter anses eftersträvansvärd. Om vi däremot inte gör om allting till siffror finns det dock moraliska aspekter att överväga, och en friare reglering kan sätta hård press på upphovspersoner och rättshavare som redan är utsatta i en redan digitaliserad värld, varför ett fortsatt starkt upphovsrättsligt skydd för upphovspersoner och rättshavare kan motiveras genom incitaments- och belöningsteorin. De är trots allt personerna som gör skapandet av nya verk genom AI- och ML-teknologi möjligt, och det byggs inget vidare samhällsklimat på att innovatörerna ska gå bakom ryggen på upphovspersonerna och rättshavarna.

Samtidigt kan man ställa sig frågan varför upphovspersonerna och rättshavarna ska inneha en sådan makt, särskilt när det kommer till att innovatörer bakom ett AI-system vill skapa helt nya verk genom AI- och ML-teknologi, eller använda verk för att lära upp en robot, vilket inte riskerar att skada upphovspersonernas eller rättshavarnas legitima intressen i nämnvärd utsträckning. Denna skevfördelade intresseavvägning och det faktum att undantagskatalogen är full med begränsningar som gör värdet av undantagen närmast värdelösa för AI och ML leder onekligen till tanken att URL utgör en hjulklamp för sportbilen AI och ML, en tanke som även tycks finna stöd inom politiken, där strategier för AI och ML genom bland annat nya undantagsregler diskuteras för att tillgodose den teknologiska utvecklingen.

Nyckeln för att låsa upp hjulklampen har dock funnits i det amerikanska fair use-undantaget, som erbjuder en flexibel intresseavvägning från fall till fall. Fair use-undantagsregeln är dock inte heller helt fri från problem, vilket främst tagit sig uttryck i dess rättsosäkerhet, men det är ingenting som de svenska domstolarna inte bör kunna hantera, särskilt eftersom vi redan i dagsläget med relativt små medel bör kunna ta fram en liknande fair use-undantagsregel ur det sedan länge inom den europeiska upphovsrätten erkända trestegstestet, som är familjärt även för den svenska lagstiftaren och domstolarna att förhålla sig till. Dessutom är det ingen som föreslår att de svenska snäva undantagen som bidrar med förutsebarhet och rättssäkerhet behöver försvinna, och tillsammans kan de tänkas erbjuda en tillfredsställande lösning.

För att den svenska upphovsrätten ska kunna hänga med sportbilen AI och ML i svängarna framöver, så bör därför en amerikansk komponentimport övervägas.

## **11. Källförteckning**

### **11.1 Internationell rätt och internationella överenskommelser**

FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna

Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS-avtalet)

Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (Bernkonventionen) (BK)

### **11.2 EU-rätt**

#### **11.2.1 Direktiv och förordningar**

Europaparlamentets och Rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9/EG och 2001/20/EG (DSM-direktivet)

Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning) (Dataskyddsförordningen) (GDPR)

Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet)

#### **11.2.2 Rättspraxis**

Mål C-5/08, *Infopaq International A/S v. Danske Dagbladets Forening* [19 juli 2009] EUD I-6569

*Von Colson mot Land Nordrhein-Westfalen* (mål 14/83), EU:C:1984:153

*Costa mot E.N.E.L.* (mål 6/64), EU:C:1964:66, [1964] ECR 585, 15 juli 1964

## **11.3 Svensk rätt**

### **11.3.1 Lagtext**

Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna (EKMR)

Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469) (YGL)

Kungörelse (1974:152) om beslutad ny regeringsform (Regeringsformen) (RF)

Lag (2018:558) om företagshemligheter

Produktansvarslag (1992:18) (PAL)

Brottsbalk (1962:700) (BrB)

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL)

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL)

### **11.3.2 Propositioner**

Prop. 2004/05:110

Prop. 1994/95:35

Prop. 1992/93:214

Prop. 1960:17

### **11.3.3 Statens offentliga utredningar (SOU)**

SOU 2018:36

SOU 2016:89

SOU 1990:30

SOU 1985:51

SOU 1956:25

### **11.3.4 Rättspraxis**

NJA 2016 s.212

NJA 2005 s.905

## **11.4 Engelsk rätt**

### **11.4.1 Lagtext**

The Copyright, Designs and Patents Act 1988 (CDPA)

The Statute of Anne 1709, alternativt the Copyright Act 1710 8 Anne c.21



## **11.5 Amerikansk rätt**

### **11.5.1 Lagtext**

The Constitution of the United States of America

Title 17 of the United States Code (U.S.C.)

The Visual Artists Rights Act of 1990 (VARA)

The Digital Millennium Copyright Act of 1998 (DMCA)

The Copyright Act of 1976

### **11.5.2 Rättspraxis**

*Naruto v Slater*, No 16-15469 (9th Cir 2018)

*Authors Guild v. Google, Inc.* – 804 F.3d 202 (2d Cir. 2015)

*Bill Graham Archives, Plaintiff-appellant, v. Dorling Kindersley Limited, Dorling Kindersley Publishing, Inc. and Rr Donnelley & Sons Company, Defendants-appellees.* docket No. 05-2514-cv, 448 F.3d 605 (2d Cir. 2006)

*Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994)

*Art Rogers, Plaintiff-appellee-cross-appellant, v. Jeff Koons; Sonnabend Gallery, Inc., defendants-appellants-cross-appellees*, 960 F.2d 301 (2d Cir. 1992)

*Steward v. Abend*, 495 U.S. 207 (1990)

*Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985)

*Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984)

## **11.6 Litteratur**

Andersson K, *Piratkopiering av datorprogram: Ett upphovsrättsligt problem* (nr 59, Juristförlaget, 1991)

Aufderheide P och Jaszi P, *Reclaiming Fair Use: How to Put Balance Back in Copyright* (The University of Chicago Press, 2011)

Band J och Gerafi J, *The Fair Use/Fair Dealing Handbook* (policybandwidth, 2015) (elektronisk källa)

Bengtsson H och Lyxell R, *Åtgärder vid immaterialrättsintrång* (Norstedts Juridik, 2006)

Bergström S, fjärde upplagan ombesörjd av Stig Strömholm, *Lärobok i Upphovsrätt* (Uppl. 4, Iustus Förlag, 1994)

Bernitz U, m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* (Uppl. 12, Jure AB, 2011)

Bexell O, *Things you should know about The Internet of Things: Technologies, use cases, projects and strategies* (Solentro, 2020)

Bruncevic M, *Fixing the Shadows: Access to Art and the Legal Concept of Cultural Commons* (Skrift 016, Juridiska Institutionens skriftserie vid Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet, 2014)

Cornish W och Llewelyn D, *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights* (Uppl. 6, Sweet & Maxwell, 2007)

Corrales Compagnucci M m.fl., *Legal Tech and the New Sharing Economy: Perspectives in Law, Business and Innovation* (Springer, 2020)

Eklund K, *Vår Ekonomi: En introduktion till samhällsekonomin* (Uppl. 14, Studentlitteratur, 2018)

Forsman M m.fl., *I immaterialrättens gränsland* (Jure Förlag AB, 2012)

Goldstein P och Hugenholtz B, *International Copyright: Principles, Law and Practice* (Uppl. 2, Oxford University Press, 2010)

Gunnarsson Å och Svensson E-M, *Genusrättsvetenskap* (Uppl. 1, Studentlitteratur, 2009) (elektronisk källa)

Hammond K, PhD, *Practical Artificial Intelligence for Dummies, A Wiley Brand, Narrative Science Edition* (John Wiley & Sons, Inc., 2015) (elektronisk källa)

Hurwitz J och Kirsch D, *Machine Learning for Dummies, A Wiley Brand, IBM Limited Edition* (John Wiley & Sons, Inc., 2018) (elektronisk källa)

Karnell G i Gunnar Karnell (red.), *Digitalisering och upphovsrätt: - nytt skapande, nya regler, nya intrång, nya avtal – aspekter på en ny medierätt* (författarna och Juristförlaget JF AB, 1993)

Koktvedgaard M och Levin M, *Lärobok i Immaterialrätt: § Upphovsrätt § Patenträtt § Mönsterrätt § Känneteckensrätt – i Sverige, Eu och internationellt* (Uppl. 8, Norstedts Juridik, 2004)

Korling F & Zamboni M, *Juridisk Metodlära* (Uppl. 3, Studentlitteratur, 2013)

Lantz B, *Machine Learning with R: Learn how to use R to apply powerful machine learning methods and gain an insight into real-world applications* (Packt Publishing, 2013)  
(elektronisk källa)

Lee Wherry T, *The Librarian's Guide to Intellectual Property in the Digital Age: Patents, Copyrights, and Trademarks* (American Library Association, 2002) (elektronisk källa)

Levin M, *Immaterialrätten: En introduktion* (Norstedts Juridik, 1999)

Levin M och Hellstadius Å, *Lärobok i immaterialrätt* (Uppl. 12, Norstedts Juridik, 2019)  
(elektronisk källa)

Mabry Gordon S, *Downloading Stuff From the Internet: Stealing or Fair Use?* (Enslow Publishers, Inc., 2005)

Mcintosh C, *Cambridge Advanced Learner's Dictionary* (uppl. 4, Cambridge University Press, 2013) (elektronisk källa)

Norton P, *Introduction to Computers* (Uppl. 6, Tata McGraw-Hill, 2008) (elektronisk källa)

Olsson H, *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt* (Uppl. 6, Norstedts Juridik, 1998)

Olsson H, *Copyright: Svensk och internationell upphovsrätt* (Uppl. 10B, Norstedts Juridik, 2020) (elektronisk källa)

Olsson H och Rosén J, *Upphovsrättslagstiftningen: en kommentar* (uppl. 4, Wolters Kluwer, 2016) (elektronisk källa)

Regeringskansliet, Justitiedepartementet, *Ds 2003:35, Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG, m.m.* (XBS Grafisk Service, 2003)

Russell S och Norvig P, *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (Uppl. 3, Pearson Education, Inc., 2010) (elektronisk källa)

Saros D E., *Principles of Political Economy, 3e: A Pluralistic Approach to Economic Theory* (Uppl. 2, Pressbooks, 2019) (elektronisk källa)

Schelin J, *Kritiska perspektiv på rätten* (Poseidon Förlag AB, 2018)

Shalev-Shwartz S och Ben-David S, *Understanding Machine Learning: From Theory to Algorithms* (Cambridge University Press, 2014) (elektronisk källa)

Siepel P, *Databasrätt: Fokus på upphovsrätt och avtal* (Institutet för Rättsinformatik, IRI-rapport 1990:6, 1990)

Silberman O, *Upphovsrätt till datorprogram, Sverige i ett internationellt perspektiv* (Institutet för Rättsinformatik, IRI-rapport 1990:4)

Smith G J H m.fl., *Internet Law and Regulation* (Uppl. 2, FT Law & Tax, 1997)

Smola A och Vishwanathan S.V.N., *Introduction to Machine Learning* (Cambridge University Press, 2008) (elektronisk källa)

Stokes S, *Digital Copyright: Law and Practice* (Uppl. 4, Hart Publishing, 2014)

Strömholm S, *Europeisk Upphovsrätt: En översikt över lagstiftningen i Frankrike, Tyskland och England* (Kungl. Boktryckeriet P.A. Norstedt & Söner, 1964)

Svenska Akademien, *Svenska Akademiens ordlista över svenska språket* (Uppl. 14, Norstedts, 2015) (elektronisk källa)

Tritton G m.fl., *Intellectual Property in Europe* (Uppl. 3, Sweet & Maxwell, 2008)

Wacks R, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Uppl. 3, Oxford University Press, 2012) (elektronisk källa)

Wainikka C, *Att skydda innovationer* (Uppl. 2, Norstedts Juridik, 2020) (elektronisk källa)

Wessman R, Kraus J och Lukins I, *Immaterialrättens struktur* (Norstedts Juridik, 2019) (elektronisk källa)

## **11.7 Elektroniska artiklar**

Adams M, 'Fair Use and the Digital Millenium Copyright Act'

<<https://www.authorsalliance.org/2018/03/02/fair-use-and-the-digital-millenium-copyright-act/>>, hämtad 11 december 2020

American University Library, *What Faculty Need to Know About Copyright for Teaching* (Find More, American University Library, 2010),

<[https://www.american.edu/library/documents/upload/copyright\\_for\\_teaching.pdf](https://www.american.edu/library/documents/upload/copyright_for_teaching.pdf)>, hämtad 10 december 2020

Atkinson R D., 'Copyright Policy and Economic Doctrines' (The Information Technology & Innovation Society) <<http://www2.itif.org/2012-copyright-economic-doctrines-pdf>>, hämtad 12 december 2020

Australian Law Reform Commission, 'Fair use complies with the three-step test', Copyright and the Digital Economy (ALRC Report 122, 2013), <<https://www.alrc.gov.au/publication/copyright-and-the-digital-economy-alrc-report-122/4-the-case-for-fair-use/fair-use-complies-with-the-three-step-test/>>, hämtad 27 november 2020

Axhamn J, *The Nordic Countries*, s.505 <<http://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:747355/FULLTEXT01.pdf>>, hämtad 17 december 2020

Brandel T, 'Allt fler lever på sin konst' <<https://www.svd.se/allt-fler-lever-pa-sin-konst>>, hämtad 26 november 2020

Brownlee J, 'What if I'm Not a Good Programmer' (Machine Learning Mastery, 2018) <<https://machinelearningmastery.com/what-if-im-not-a-good-programmer/>>, hämtad 8 december 2020

BSA, The Software Alliance, 'US: BSA Comments to US Patent and Trademark Office Regarding the Copyright Implications of AI', <<https://www.bsa.org/files/policy-filings/01102020aicopyrightcmnts.pdf>>, hämtad 12 december 2020

Bylander E, 'Den datoriserade domaren' (SvJT 2019 s. 1) <<https://svjt.se/svjt/2019/1>>, hämtad 17 december 2020

Christie's, 'Is artificial intelligence set to become art's next medium?' (*Christie's*, 2018), <<https://www.christies.com/features/A-collaboration-between-two-artists-one-human-one-a-machine-9332-1.aspx>> hämtad 27 november 2020

Columbia University Libraries, 'Fair Use', <<https://copyright.columbia.edu/basics/fair-use.html>> hämtad 1 december 2020

Creative Commons, 'Creative Commons Annual Report 2019' (Creative Commons, 2020), <[https://wiki.creativecommons.org/images/2/20/CC\\_AnnualReport\\_2019.pdf](https://wiki.creativecommons.org/images/2/20/CC_AnnualReport_2019.pdf)> hämtad 27 november 2020

Creative Commons, 'What are the different types of CC licenses?' <<https://creativecommonsusa.org/index.php/uFAQs/what-are-the-different-types-of-cc-licenses/>>, hämtad 26 november 2020

D'Agostino G, 'Healing Fair Dealing? A Comparative Copyright Analysis of Canadian Fair Dealing to UK Fair Dealing and US Fair Use' CLPE Research Paper 28/2007, Vol. 03 No. 4 (2007) <<http://www.pijip-impact.org/wp-content/uploads/2012/04/Giuseppina-DAgostino-Healing-Fair-Dealing-.pdf>>, hämtad 9 december 2020

Dainow J, 'The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison' i *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 15, No. 3 (1966 – 1967), pp. 419-435, <[https://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books\\_4037\\_0.pdf](https://www.dphu.org/uploads/attachements/books/books_4037_0.pdf)>, hämtad 24 november 2020

Ekonomisk Historia: Om Adam Smith, Karl Marx och annat relaterat till ekonomisk historia, 'Vilka antaganden gör neoklassisk teori?' <<http://ekonomisk-historia.r76.se/neoklassisk-teori-marginalanalys-nyttomaximering-perfekt-information>>, hämtad 12 december 2020



Electronic Frontier Foundation, 'The Three-step Test',  
<[https://www.eff.org/files/2014/09/16/three-step\\_test\\_fnl.pdf](https://www.eff.org/files/2014/09/16/three-step_test_fnl.pdf)>, hämtad 16 november 2020

Ermert M, 'IP Experts Sign Declaration Seeking Balanced Copyright Three-Step Test' (Intellectual Property Watch, 2008) <<https://www.ip-watch.org/2008/07/24/ip-experts-sign-declaration-against-unbalanced-copyright-three-step-test/>>, hämtad 19 oktober 2020

European Parliament, 'The Exception for Text and Data Mining (TDM) in the Proposed Directive on Copyright in the Digital Single Market – Technical Aspects' <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/estudes/BRIE/2018/604942/IPOL\\_BRI\(2018\)604942\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/estudes/BRIE/2018/604942/IPOL_BRI(2018)604942_EN.pdf)>, hämtad 9 december 2020

Fair Dealing Week

<[https://www.uleth.ca/lib/copyright/content/fair\\_dealing\\_week/fair\\_dealing\\_vs\\_fair\\_use.asp](https://www.uleth.ca/lib/copyright/content/fair_dealing_week/fair_dealing_vs_fair_use.asp)>, hämtad 9 december 2020

Fairhurst O, 'When does AI infringe copyright?' (The IPKat, 2019)

<<https://ipkitten.blogspot.com/2019/03/when-does-ai-infringe-copyright.html>>, hämtad 2 november 2020

Fitzgerald N, Christian C och Klimis S, 'Understanding the IP: When an AI infringes copyright', (5th art., Ashurst LLP., 2020) <<https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/insights/when-an-ai-infringes-copyright/>>, hämtad 4 november 2020

Garrido M, 'Något om självkörande fordon och ansvar' (Ny Juridik 3:18)

Geiger C m.fl., 'Declaration A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test" In Copyright Law', 1 (2010) JIPITEC 119, <[https://www.jipitec.eu/issues/jipitec\\_1-2-2010/2621](https://www.jipitec.eu/issues/jipitec_1-2-2010/2621)>, hämtad 16 november 2020

Geiger C, Griffiths J och Hilty M. R, *Towards a Balanced Interpretation of the "Three-step Test" in Copyright Law*, i European intellectual property review [2008] E.I.P.R., s.489., <[https://www.researchgate.net/publication/43234006\\_Towards\\_a\\_Balanced\\_Interpretation\\_of\\_the\\_Three-Step\\_Test\\_in\\_Copyright\\_Law](https://www.researchgate.net/publication/43234006_Towards_a_Balanced_Interpretation_of_the_Three-Step_Test_in_Copyright_Law)>, hämtad 17 november 2020

Gin A och Freire D, 'Intelligent Machines – Engines Of Intellectual Property Creation? (Casetext.com, 2018) <[https://casetext.com/analysis/intelligent-machines-engines-of-intellectual-property-creation?PHONE\\_NUMBER\\_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=>](https://casetext.com/analysis/intelligent-machines-engines-of-intellectual-property-creation?PHONE_NUMBER_GROUP=C&sort=relevance&resultsNav=false&q=>)>, hämtad 6 november 2020

Ginart A. A m.fl., 'Making AI Forget You: Data Deletion in Machine Learning' (Stanford University, 2019), <<https://papers.nips.cc/paper/2019/file/cb79f8fa58b91d3af6c9c991f63962d3-Paper.pdf>>, hämtad 10 november 2020

Ginsburg C. J, 'Fair Use in the United States: Transformed, Deformed, Reformed?', Columbia Public Law Research Paper No. 14-639, Singapore Journal of Legal Studies, Forthcoming, <<https://ssrn.com/abstract=3484949>>, hämtad 9 december 2020

Google Developers, 'ML Practicum: Image Classification' <<https://developers.google.com/machine-learning/practica/image-classification>>, hämtad 19 november 2020

Grosse Ruse – Khan H, 'Fair Use, Fair Dealing and Other Open Ended Exceptions: The Application of the Three Step Test' på WIPO African-Arab Seminar on Copyright Limitations and Exceptions i Kairo, 2 november 2009, hämtad 16 november 2020

Guadamuz A, 'Can The Monkey Selfie Case Teach Us Anything About Copyright Law?' (Wipo.int., 2018) <[https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2018/01/article\\_0007.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2018/01/article_0007.html)>, hämtad 6 november 2020

Harington R, 'Copyright, Creative Commons, and Confusion' (*The Scholarly Kitchen*, 2020)  
<<https://scholarlykitchen.sspnet.org/2020/04/20/copyright-creative-commons-and-confusion/>>  
hämtad 26 november 2020

Harvard University Office of the General Counsel, 'Copyright and Fair Use: A Guide for the Harvard Community',  
<[https://ogc.harvard.edu/files/ogc/files/ogc\\_copyright\\_and\\_fair\\_use\\_guide\\_5-31-16.pdf](https://ogc.harvard.edu/files/ogc/files/ogc_copyright_and_fair_use_guide_5-31-16.pdf)>,  
hämtad 1 december 2020

Hugenholtz P. B och Senftleben M, 'Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities'  
<[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1959554](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554)>, hämtad 14 oktober 2020

ING m.fl., 'The Next Rembrandt: Can the great master be brought back to create one more painting?' (*Nextrembrandt*, 2016), <[nextrembrandt.com](http://nextrembrandt.com)> hämtad 27 november 2020

Intellectual Property Office, 'Open consultation: Artificial intelligence call for views: copyright and related rights, under avsnittet om "Infringement of copyright and database rights by AI"', <<https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights>>, hämtad 20 november 2020

Intellectual Property Office och Government Digital Service, 'Changes to copyright law from 1 January 2021 del av Brexit transition: new rules for 2021'  
<<https://www.gov.uk/guidance/changes-to-copyright-law-after-the-transition-period>>,  
hämtad 25 november 2020

Internet Society, 'Artificial Intelligence and Machine Learning: Policy Paper',  
<<https://www.internetsociety.org/resources/doc/2017/artificial-intelligence-and-machine-learning-policy-paper/?gelid=CjwKCAiAzNj9BRBDEiwAPsL06mc3SO9jdhBGcN->

2F0rYLot5Cxb2TwyTDVidJAj8a1GvLINmU\_BaRoCWw8QAvD\_BwE>, hämtad 19 november 2020

Justia, 'Fair Use' (2020) <https://www.justia.com/intellectual-property/copyright/fair-use/>, hämtad 9 december 2020

Justia, 'US Supreme Court Center', <<https://supreme.justia.com/>>, hämtad 17 december 2020

Kempas T, 'Vem – om någon – äger (eller borde äga) upphovsrätten till AI-genererade verk?' (Vinge) <[https://sfir.se/files/user/Tobias%20Kempas\\_final%202020-02-13.pdf](https://sfir.se/files/user/Tobias%20Kempas_final%202020-02-13.pdf)>, hämtad 12 december 2020

Leval N. P, 'Toward a Fair Use Standard', Harvard Law Review 1989-1990, Vol. 103:1105, <<http://www.pijip.org/wp-content/uploads/2015/11/103HarvLRev.pdf>>, hämtad 9 december 2020

Lundqvist U, 'Artificiell Intelligens - rättsordning och rättstillämpning' (SvJT 2020 s. 382) <<https://svjt.se/svjt/2020/382>>, hämtad 15 oktober 2020

Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommittén samt Regionkommittén: Mot en modernare och mer europeisk ram för upphovsrätten i Bryssel den 9.12.2015 COM(2015) 626 final, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0626&from=SV>>, hämtad 14 september 2020

Microsoft Azure, 'Vad är maskininlärning?' <<https://azure.microsoft.com/sv-se/overview/what-is-machine-learning-platform/>>, hämtad 19 november 2020

Mkhitarian L, 'Everything You Need to Know about Cache' <<https://aist.global/en/what-is-cache-why-cache-is-needed>>, hämtad 21 november 2020

Morrow S, 'What Are Derivative Works Under Copyright Law?' (Legalzoom, 2020)  
<<https://www.legalzoom.com/articles/what-are-derivative-works-under-copyright-law>>,  
hämtad 9 december 2020

Moss D. R, 'Memorandum for Andrew J. Pincus General Counsel, Department of Commerce' (U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, 1999)  
<<https://www.loc.gov/flicc/gc/fairuse.html>>, hämtad 9 december 2020

Mount Holyoke, 'Copyright: Fair Use and the Four Factors Explained' (2020)  
<<https://guides.mtholyoke.edu/copyright/fair-use>>, hämtad 10 december 2020

Mozilla Corporation, 'Så här rensar du cachen i Firefox'  
<<https://support.mozilla.org/sv/kb/rensar-cachen-firefox>>, hämtad 21 november 2020

Näringsdepartementet, 'Nationell inriktning för artificiell intelligens' (Regeringskansliet),  
<[https://www.regeringen.se/49a828/contentassets/844d30fb0d594d1b9d96e2f57ed14b/2018a\\_i\\_webb.pdf](https://www.regeringen.se/49a828/contentassets/844d30fb0d594d1b9d96e2f57ed14b/2018a_i_webb.pdf)>, hämtad 15 december 2020

Oppermann A, 'What is Deep Learning and How does it work?: Learn the most important Basics of Deep Learning and Neural Networks in this detailed Tutorial',  
<<https://towardsdatascience.com/what-is-deep-learning-and-how-does-it-work-2ce44bb692ac>>, hämtad 19 november 2020

Patry W, 'The Patry Copyright Blog' (2005)  
<<http://williampaltry.blogspot.com/2005/10/productive-use-transformative-use.html>>,  
hämtad 9 december 2020

Poole S, 'The rise of robot authors: is the writing on the wall for human novelists?' <<https://www.theguardian.com/books/2019/mar/25/the-rise-of-robot-authors-is-the-writing-on-the-wall-for-human-novelists>>, hämtad 16 december 2020

Regeringskansliet, 'Genomförande av EU:s nya upphovsrättsdirektiv' <<https://www.regeringen.se/artiklar/2019/05/genomforande-av-eus-nya-upphovsrattsdirektiv/>>, hämtad 15 december 2020

Reiling D, 'Courts and Artificial Intelligence' (International Journal for Court Administration, 2020), <<http://doi.org/10.36745/ijca.343.>>, hämtad 16 oktober 2020

Research Data Management Service Group, 'Introduction to intellectual property rights in data management' (Cornell University) <<https://data.research.cornell.edu/content/intellectual-property>>, hämtad 2 november 2020

Sandgren C, 'Är rättsdogmatiken dogmatisk?' i Tidsskrift for Rettsvitenskap (2005)

Schander A, 'Ansiktsigenkänning får användas för att utreda brott' (Polisen) <<https://polisen.se/aktuellt/pressmeddeladen/2019/oktober/ansiktsigenkanning-far-anvandas-for-att-utreda-brott/>>, hämtad 11 december 2020

Senftleben M, 'The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation' Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law, Vol. 1, No. 2, pp. 67-82, 2010, <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1723867](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1723867)>, hämtad 16 december 2020

Sengupta Y, 'Deep Learning and the Human Brain: Inspiration, Not Imitation: Learn about deep learning and the human brain' <<https://dzone.com/articles/deep-learning-and-the-human-brain-inspiration-not>>, hämtad 20 november 2020

Solon O och Murphy J, 'Facial Recognition's Dirty Little Secret': Social Media Photos Used Without Consent' (*NBC News*, 2019) <<https://www.nbcnews.com/tech/internet/facial-recognition-s-dirty-little-secret-millions-online-photos-scraped-n981921>> hämtad 26 november 2020

'Sony Betamax Case Summary'

<[https://www.dcs.k12.oh.us/site/handlers/filedownload.ashx?moduleinstanceid=1862&dataid=1924&FileName=Sony\\_Betamax\\_Case\\_Summary.pdf](https://www.dcs.k12.oh.us/site/handlers/filedownload.ashx?moduleinstanceid=1862&dataid=1924&FileName=Sony_Betamax_Case_Summary.pdf)>, hämtad 9 december 2020

Stewart M, 'The Most Important Court Decision For Data Science and Machine Learning' <<https://towardsdatascience.com/the-most-important-supreme-court-decision-for-data-science-and-machine-learning-44cfc1c1bcdf>>, hämtad 11 december 2020

Stim R, 'Measuring Fair Use: The Four Factors', (2019)

<<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/four-factors/>> (Stanford University Libraries), hämtad 1 december 2020

Stim R, 'Summaries of Fair Use Cases' (2013) <<https://fairuse.stanford.edu/overview/fair-use/cases/>>, hämtad 1 december 2020

The Center for Democracy & Technology, 'Comments of the Center for Democracy & Technology On the World Intellectual Property Organization's Conversation on Intellectual Property Protection and Artificial Intelligence', <[https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial\\_intelligence/call\\_for\\_comments/pdf/org\\_cdt.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/call_for_comments/pdf/org_cdt.pdf)>, hämtad 12 december 2020

The European Commission, 'White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust' Brussels 19.2.2020 COM(2020) 65 final <[https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_en.pdf)>, hämtad 15 december 2020

TT Nyhetsbyrån, 'Robotjournalistik' <<https://tt.se/robotjournalistik/>>, hämtad 18 november 2020

Turkewitz N, 'AI, Copyright & Fair Use: Avoiding the Artificial in Intelligence & Maintaining our Humanity' <[https://medium.com/@nturkewitz\\_56674/ai-copyright-fair-use-avoiding-the-artificial-in-intelligence-maintaining-our-humanity-82af5f48ca37](https://medium.com/@nturkewitz_56674/ai-copyright-fair-use-avoiding-the-artificial-in-intelligence-maintaining-our-humanity-82af5f48ca37)>, hämtad 12 december 2020

University of Minnesota, 'Copyright Services: Understanding Fair Use' (M Libraries) <<https://www.lib.umn.edu/copyright/fairuse>>, hämtad 9 december 2020

U.S. Copyright Office, 'More Information on Fair Use' (2020) <<https://www.copyright.gov/fair-use/more-info.html>>, hämtad 9 december 2020

U.S. Copyright Office, 'U.S. Copyright Office Fair Use Index' (2016) <<https://www.copyright.gov/fls/fl102.html>>, hämtad 9 december 2020

Vimeo, 'What do the four fair use factors mean?' <<https://vimeo.zendesk.com/hc/en-us/articles/224976228-What-do-the-fair-use-factors-mean-#article-container>>, hämtad 10 december 2020

Westman D, 'Rättsliga strategier mot upphovsrättsintrång på nätet - en analys' (Ny Juridik 2:12 s 33)

Wharton County Junior College, 'Copyright & Fair Use' (2017), <[https://www.wcjc.edu/Students/Library/Copyright/Fair-Use\\_Guidelines-2017.pdf](https://www.wcjc.edu/Students/Library/Copyright/Fair-Use_Guidelines-2017.pdf)>, hämtad 10 december 2020

World Intellectual Property Organization, 'WIPO Conversation on Intellectual Property (IP) and Artificial Intelligence (AI), Second Session: Revised Issues Paper on Intellectual Property Policy and Artificial Intelligence 21 may 2020'



<[https://www.wipo.int/edocs/mdocs/en/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_20/wipo\\_ip\\_ai\\_2\\_ge\\_1\\_rev.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/en/wipo_ip_ai_2_ge_20/wipo_ip_ai_2_ge_1_rev.pdf)>, hämtad 4 november

## **11.8 Examensarbeten**

Cieplik M, 'När tekniken möter juridiken: hur förhåller sig den svenska upphovsrätten till AI-genererade alster?' (Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet, 2020)

De Geer E, 'Fair Use Doctrine i svensk musikjuridik: En hypotetisk implementering av Fair Use Doctrine i svensk upphovsrätt' (Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling, Linköpings Universitet, 2012-13)

Ehde V, 'Omarbetningar och Derivative Work: En komparativ studie' (Juridiska Fakulteten vid Lunds universitet, 2013)

Eriksson D, 'Fair Use och citaträtten: En komparativ studie av svensk och amerikansk upphovsrätt' (Juridiska Fakulteten vid Lunds Universitet, 2013)

Gerrish C, 'European Copyright Law and the Text and Data Mining Exceptions and Limitations: With a focus on the DSM Directive, is the EU Approach a Hindrance or Facilitator to Innovation in the Region' (Juridiska Fakulteten vid Uppsala Universitet, 2019)