

Justitiedepartementet

103 33 Stockholm

Ju2024/00120

Stockholm 2024-06-03

Remissvar över betänkandet SOU 2024:4 Inskränkningar i upphovsrätten

Svenska Tecknare är en facklig förening som organiserar och representerar professionella illustratörer, grafiska formgivare, animatörer och serietecknare. Svenska Tecknares främsta uppgift är att tillvarata våra medlemmars yrkesintressen i juridiskt, ekonomiskt och ideellt hänseende samt att förbättra villkoren för andra yrkesverksamma utövare inom föreningens områden.

Utvecklingen av generativ AI (generativ artificiell intelligens) är idag en av de största utmaningar för Svenska Tecknares medlemmar och för det sätt på vilket deras verk skapas, distribueras, används och konsumeras.

Visuella kreatörers verk används i stor utsträckning som träningsdata för att utveckla generativ AI med stöd av bestämmelserna för text- och datautvinning, utan deras tillstånd och utan att de får skälig ersättning för användningen. Stora värden skapas därmed åt utvecklarna som uphovspersonerna inte får ta del av. Tekniken används dessutom av tredje part för att framställa nya alster som gör intrång i eller direkt konkurrerar med träningsdatan och dess uphovspersoner och riskerar därmed att ersätta deras arbets- och uppdragstillfällen.

Mot den bakgrunden har Svenska Tecknare valt att fokusera på de delar av betänkandet som rör bestämmelserna om exemplarframställning för text- och datautvinning. Vad gäller betänkandets övriga innehåll har Svenska Tecknare engagerat sig och representeras i de remissvar som skrivs av KLYS (Konstnärliga och Litterära Yrkesutövares Samarbetsnämnd) och Copyswede samt Bildupphovsrätt i Sverige. Svenska Tecknare ansluter sig och instämmer i ovan organisationers yttranden.

Text- och datautvinning (10.6) och Nya tekniska förutsättningar (avsnitt 12.4.2)

Avseende 15 a § motsätter sig Svenska Tecknare utredarens bedömning att det inte behövs lagändringar för att bestämmelsen ska vara förenlig med EU-rätten.

Även om bestämmelsen motsvarar artikel 4 i DSM-direktivet, så har utvecklingen av generativ AI givit upphov till nya, oförutsedda användningar, som medfört att det ingrepp inskränkningen innebär för upphovspersonerna har kommit att bli alltför omfattande. Det har resulterat i att inskränkningen inte längre är förenlig med trestegsregeln, varmed inskränkningen även torde anses strida mot formalitetsförbudet i artikel 5.2 i Bernkonventionen. Utvecklingen av generativ AI har även medfört att inskränkningens syfte inte längre följs, vilket också påkallar lagändringar.

Svenska Tecknare delar inte utredarens bedömning att det saknas förutsättningar att inom ramen för utredningen föreslå ändringar av bestämmelsen. Utredaren hade i uppdrag att göra en *fullständig* översyn av upphovsrättslagens inskränkingsbestämmelser. Enligt Svenska Tecknare bör en sådan översyn även omfatta nutidens kanske största utmaning för upphovs personer. Därtill ingick det i utredarens uppdrag att ta ställning till om den tekniska utvecklingen har fört med sig att det ingrepp som en befintlig inskränkning innebär för rättsinnehavaren kan ha kommit att bli alltför omfattande, vilket Svenska Tecknare anser är fallet.

Mot den bakgrunden anser Svenska Tecknare att det är nödvändigt med lagändringar för att säkerställa att 15 a § är förenlig med EU-rätten, men också med Sveriges internationella åtaganden. Vad gäller 15 b § anser Svenska Tecknare att vissa aspekter behöver klargöras ytterligare för att säkerställa att bestämmelsen tillämpas i enlighet med trestegsregeln och inskränkningens syfte.

Under alla omständigheter är det av yttersta vikt att lagstiftaren inom ramen för förevarande lagstiftningsärendet gör erforderliga tydliggöranden kring bestämmelsernas oförenlighet med trestegsregeln i förhållande till de konstnärliga och kreativa områdena, där skadeverkningarna får anses vara som störst.

Svenska Tecknare utvecklar ställningstagandena nedan.

Trestegsregeln och en skälig avvägning

Utvecklingen av generativ AI har medfört att det ingrepp som inskränkningen för text- och datautvinning i 15 a § innebär för upphovspersonerna har kommit att bli alltför omfattande, i strid med trestegsregeln och inskränkningens syfte att uppnå en skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos upphovspersoner och andra rättsinnehavare å ena sidan och hos användare å andra sidan (skäl 6 i DSM-direktivet).

Enligt artikel 7.2 i DSM-direktivet ska artikel 5(5) i InfoSoc-direktivet samt villkoren för trestegsregeln som nedläggs i den bestämmelsen i enlighet med EU:s och medlemsstaternas internationella åtaganden tillämpas på inskränkningarna för text- och datautvinning. Enligt denna bestämmelse får inskränkningarna endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarnas legitima intressen.

Det är uppenbart att, när skyddade verk används med stöd av inskränkningen för att utveckla generativ AI som kan producera utdata som gör intrång i de berörda verken, strider användningen mot det normala utnyttjandet av verket och oskäligt inkräktar på upphovspersonernas legitima intressen. Även användning som resulterar i icke-intrångsgörande utdata, som direkt konkurrerar med eller snyltar på träningsdatan, strider i regel mot trestegsregelns andra och tredje steg, eftersom det kan undergräva försäljningen av verken på de aktuella marknaderna och ersätta arbets- och uppdragstillfällen för träningsdatans upphovspersoner.

Upphovspersonerna går dessutom miste om betydande ekonomiska värden när AI-företagen använder deras verk för att utveckla en produkt som tillhandahålls på marknaden, och som därigenom genererar betydande intäkter till användarna av inskränkningen, utan att någon som helst ersättning lämnas till upphovspersonerna för nyttjandet. Sådan användning licensieras redan inom vissa områden idag och kan i varje fall rimligen förväntas licensieras genom kollektiva licensieringssystem såsom avtalslicenser via upphovspersonernas egna organisationer.

Skäl 18 i DSM-direktivet antyder, med mönster av trestegsregeln, att inskränkningen i 15 a § inte ska påverka upphovspersonernas möjligheter att bevilja licens för användning av sina verk som inte omfattas av den obligatoriska inskränkningen för text- och datautvinning för forskningsändamål. Såsom inskränkningen tillämpas idag skadas däremot befintliga licensmarknader samtidigt som upphovspersonerna hindras från att ekonomiskt exploatera sina verk på det nya sätt som teknikutvecklingen har öppnat för.

Det förkommer även att inskränkningen för forskningsändamål i 15 b § används i strid med trestegsregeln.

Förbehåll enligt andra stycket 15 a §

Att upphovspersonerna kan förbehålla sina rättigheter enligt bestämmelsens andra stycke förändrar inte bedömningen. Det kan förvisso hävdas att det inte finns någon konflikt med ett normalt utnyttjande av verket när upphovspersonen kan säkra betydande ekonomiska värden genom att förbehålla sina rättigheter, och att inskränkningen inte oskäligt skadar upphovspersonen legitima intressen när skada kan undvikas genom förbehåll. Hållbarheten hos argumentet är dock kraftigt beroende av upphovspersonens praktiska möjligheter att göra förbehåll.

Det är mycket oklart vilka krav som ställs på ett förbehåll för att det ska vara giltigt. Varken direktivet eller de svenska förarbetena uttalar sig närmare om hur, var eller när förbehåll ska göras för att uppfylla kravet "på lämpligt sätt". Det har inte heller utfärdats någon vägledning eller tagits fram någon standard för hur förbehåll ska göras.

En uppfattning är att förbehållet måste vara uttryckligt och kommuniceras på sådant sätt att användarna kan förväntas ta del av det, det vill säga i ett format som kan avläsas utan att det krävs manuell granskning eller handpåläggning av människor, på källnivå – i, vid eller i nära anslutning – till det verksexemplar som utgör förlaga för en framställning av exemplar för text- och datautvinningsändamål. Vissa menar till och med att det, i ljuset av EUD:s dom i *VG Bild-Kunst*, C-392/19, är nödvändigt att göra tolkningen att giltiga förbehåll kan göras endast genom att vidta effektiva tekniska åtgärder i den mening som avses i artikel 6(1) och (3) i InfoSoc-direktivet 2001/29. I målet uttalade EU-domstolen att det är ett måste för att säkerställa rättssäkerheten och ett väl fungerande internet, åtminstone beträffande inbäddning av verk på internet (punkt 46).

Med en sådan tolkning blir förbehållsmekanismen en oskäligt betungande börda för upphovspersonerna som därmed svårligen, för att inte säga omöjligen, kan göra giltiga förbehåll, inte minst beträffande verk som har offentliggjorts eller utgivits före inskränkningen trädde i kraft, eller tillgängliggjorts online av tredje part med stöd av en annan inskränkning. Av den anledningen kan inte möjligheten att göra förbehåll rädda inskränkningen från att vara oförenlig med trestegsregeln.

Konflikt med formalitetsförbudet i Bernkonventionen

Svenska Tecknare ifrågasätter om förbehållsmekanismen numera kan anses vara förenlig med formalitetsförbudet i artikel 5.2 i Bernkonventionen. Förbudet innebär att "the enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality". Rättigheters omfattning, inklusive eventuella undantag eller inskränkningar, torde också falla inom ramen för begreppet "enjoyment".

Om upphovspersonen enkelt och effektivt kunde förbehålla sig sina rättigheter, hade vi möjligen kunnat se rationalen bakom resonemanget att förbehållsmomentet skulle påverka bedömningen av inskränkningens förenlighet med trestegsregeln. Inskränkningen kräver dock alltså att upphovspersonen vidtar formella åtgärder för att tillvarata sina exklusiva

rättigheter. Förbehållsmekanismen bör således betraktas som en förbjuden formalitet.

Det betyder sammantaget att förbehållsmekanismen, under vissa omständigheter, skulle kunna åstadkomma förenlighet med trestegsregeln, men icke desto mindre strida mot formalitetsförbudet. Bernkonventionen förutsätter alltså att en inskränkning, som kräver att upphovspersoner gör uttryckliga förbehåll för att tillvarata sina rättigheter, *redan* är förenlig med trestegsregeln. Möjligheten att göra förbehåll kan inte vara det som gör en annars oförenlig inskränkning, förenlig med trestegsregeln.

En konsekvens av detta torde vara att lagstiftaren vid bedömningen enligt trestegsregeln i Bern, *inte* kan ta hänsyn till förbehållsmekanismen, oaktat vilka praktiska möjligheter upphovspersonerna har att förbehålla sig sina rättigheter.

Det har även framförts av amerikanska konst- och kulturskapsorganisationer:

“Neither the European Commission nor the EU Intellectual Property Office has issued guidance regarding any “appropriate manner” in which rightsholders can reserve their TDM rights. Nor has any standard or machine-readable means to do so been adopted.

An explicitly non-normative TDM Reservation Protocol (TDMrep) for Web content has been proposed to, but not adopted by, the World Wide Web Consortium (W3C). But even if this or a similar proposal were to be adopted as a standard, it would not suffice to bring Article 4, as applied to copying for AI development, into compliance with the Berne Convention.

The opt-out requirement in Article 4 constitutes a formality prohibited by Article 5 of the Berne Convention, and an otherwise-impermissible exception cannot be “saved” by making it conditional on a prohibited formality.”¹

Det behövs lagändringar för att 15 a § ska vara förenlig med EU-rätten och Sveriges internationella åtaganden

Mot bakgrund av ovan delar inte Svenska Tecknare utredarens bedömning att det inte krävs några lagändringar för att 15 a § ska vara förenlig med EU-rätten. Därtill motsätter vi oss utredarens uttalande att frågor om inskränkningar gällande AI inte kan lösas eller hanteras på annat sätt än det som gjorts och att det är möjligt att det *kan* uppstå behov av nya eller ändrade inskränkingsbestämmelser.

Som redovisats finns det *redan* ett tydligt behov av lagändringar för att 15 a § ska vara förenlig med trestegsregeln och för att en skälig avvägning ska uppnås i enlighet med inskränkningens syfte. Det är också nödvändigt för att undvika konflikt med formalitetsförbudet i Bernkonventionen.

Svenska Tecknare har förståelse för att medlemsstaternas handlingsutrymme är ytterst begränsat i förhållande till obligatoriska inskränkningar och att det finns

¹ [Appeal for action on violations of the Berne Convention by the application to copying of creative works for AI development of the TDM exception in Articles 3 and 4 of the 2019 EU Directive on Copyright.](#)

anledning att utforma nationella bestämmelser i nära anslutning till direktivet. Det skulle möjligen minska risken för att den svenska bestämmelsen ges en utformning som skulle kunna visa sig oförenlig med den tolkning som ytterst är upp till EU-domstolen att göra.

I vissa fall är tillkommande begränsningar däremot nödvändiga för att säkerställa en inskränkings förenlighet med trestegsregeln. Det följer av EU-rätten att när medlemsstaterna föreskriver inskränkningar, kan räckvidden för vissa inskränkningar behöva begränsas ytterligare, då det gäller nya användningar av upphovsrättsligt skyddade verk och andra skyddade prestationer. Först under hösten 2022, strax innan inskränkningarna för text- och datautvinning trädde i kraft i Sverige 1 januari 2023, exploderade marknaden för generativ AI med tjänster som ChatGPT och MidJourney. Det betyder att varken EU-lagstiftaren eller den svenska lagstiftaren kan ha förutsett, än mindre tagit hänsyn till, de ekonomiska verkningar generativ AI har fått.

En bestämmelse motsvarande trestegsregeln föreslås införas och vara tillämplig i förhållande till alla inskränkingsbestämmelser i upphovsrättslagen, men utgångspunkten vid utformningen av enskilda bestämmelser bör fortsatt vara att trestegsregelns krav så långt som möjligt byggs in i dem.

För det fall lagstiftaren trots det ovan anförda väljer att underlåta att göra ändringar i lagtexten är det av yttersta vikt att lagstiftaren inom ramen för förevarande lagstiftningsärende åtminstone tydliggör att användningen av verk och andra skyddade prestationer som träningsdata för generativ AI, som kan användas för att framställa nya alster som gör intrång i eller direkt konkurrerar med träningsdatan och dess upphovspersoner, och därmed riskerar att ersätta upphovspersonernas arbets- och uppdragstillfällen, strider mot trestegsregeln och således är otillåten, om inte upphovspersonernas tillstånd inhämtas och skälig ersättning erläggs för användningen.

Det måste även tydliggöras att, för det fall användningen strider mot trestegsregeln, det saknar betydelse huruvida upphovspersonen har gjort förbehåll på lämpligt sätt eller inte, eller om upphovspersonen över huvud taget har förbehållit sig sina rättigheter. Det måste tydligt framgå att i sådana situationer behåller upphovspersonerna sina rättigheter, oavsett om de gör förbehåll eller inte. På så sätt kan en konflikt med formalitetsförbudet i Bernkonventionen undvikas.

Om förbehållsmekanismen inte anses utgöra en förbjuden formalitet, vill vi understryka att hållbarheten hos argumentet – att möjligheten att göra förbehåll kan rädda inskränkningen från att vara oförenlig med trestegsregeln – är kraftigt beroende av upphovspersonernas praktiska möjligheter att göra förbehåll. Förenlighet med trestegsregeln torde kunna uppnås endast genom att det klargörs att upphovspersoner ska kunna förbehålla sig sina rättigheter på ett sätt som inte blir orimligt betungande, eller t.o.m. praktiskt omöjligt. Under alla omständigheter krävs det tydliggörande om att förbehåll inte ska behöva göras på källnivå/i direkt anslutning till varje verksexemplar, utan att det är tillräckligt med en ensidig

förklaring på exempelvis upphovspersonens hemsida (jfr Läromedelsförfattarnas förbehåll).

Det behövs förtydliganden beträffande 15 b § för att säkerställa att tillämpning sker i enlighet med EU-rätten

Vad gäller 15 b § anser Svenska Tecknare att lagstiftaren måste tydliggöra att, för det fall forskningsresultatet utgör exempelvis en träningsdatabas för generativ AI eller ett generativt AI-system, inskränkningen inte medger tredjepartsanvändning av forskningsresultatet som gör intrång i eller direkt konkurrerar med träningsdatan och dess upphovspersoner, eller riskerar att ersätta upphovspersonernas arbets- och uppdragstillfällen. Sådan användning torde strida mot trestegsregeln och måste i övrigt anses avse andra ändamål än forskningsändamål.

För Svenska Tecknare



Josefine Engström, Ordförande



Sandra Nolgren, verksamhetsledare