

Fri kunskap för forskning

Öppna normer, vetenskap och AI

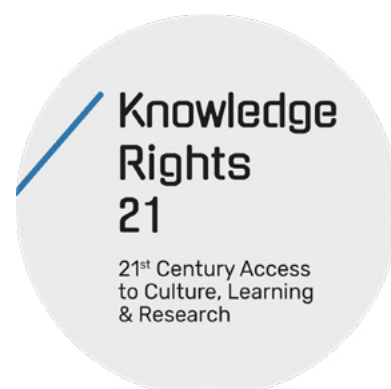


Fri kunskap för forskning

Öppna normer, vetenskap och AI



Tryckt med stöd av Arcadia
Författad av Eric Luth,
formgiven av Elon Larsson
CC BY-SA 4.0
Illustrationer av Jasmina El Bouamraoui
& Karabo Poppy Moletsane, CC0



Förord

Wikipedia och de andra Wikimedia-plattformarna har utvecklats till några av världens mest välanvända källor till fri kunskap. Fri kunskap är en mänsklig rättighet och är helt centralt för en jämlik tillgång till information, för god forskning, ett tillgängligt kulturarv samt för det livslånga lärandet för den demokratiska medborgaren.

Vår fria kunskapsspridning har fungerat för att lagstiftningen har möjliggjort en effektiv drift av plattformarna, och att lagarna inte har begränsat volontärers och organisationers möjligheter att bidra med kunskap.

Lagstiftningen utvecklas dock ständigt och vi vill bidra med vårt unika perspektiv. I de tre rapporter du håller i din hand belyser vi holistiskt olika ödesfrågor som kan avgöra hur plattformarna utvecklas under 2020-talet. Jag hoppas att insikterna bidrar till att vi tillsammans kan utveckla svensk lagstiftning så att myllan för fri kunskap är så bördig som möjligt.

John Andersson

Verksamhetschef Wikimedia Sverige

Innehåll

Förord.....	1
Öppna normer, trestegsregel och panoramafrihet.....	3
Utgångspunkt.....	5
Öppna normer	6
Infosocdirektivet.....	8
Trestegsregeln	10
Möjliga öppna normer i svensk rätt	14
Slutsats.....	18
Öppen vetenskap och öppen tillgång.....	19
Internationell utblick	21
Användning av verk inom vetenskaplig forskning.....	23
Återgivning av verk för vetenskapliga ändamål.....	26
Distanstillgång.....	28
Verk som inte finns i handeln	30
Tekniska skyddsåtgärder och åsidosättande genom avtal.....	31
Sekundära publiceringsrättigheter.....	33
Slutsats.....	35
TDM & AI.....	36
TDM-processen.....	38
TDM, AI och det öppna internetns framtid	45
Slutsats.....	46
Rekommendationer	47

Öppna normer, trestegsregel och panorama- frihet

Rapport ett

Inledning

Vi lever i en tid då den tekniska förändringen sker mycket fort. Utvecklingen är på många sätt bra. Digitala plattformar och teknik ger nya möjligheter att få tillgång till kunskap och information, och kunskapstillgången främjar innovation, nytänkande och kreativa lösningar.

I många fall har det dock blivit tydligt att lagstiftningen inte hänger med, och på få områden har det blivit så tydligt som upphovsrätten. Upphovspersoner upplever att ersättningar krymper, medan allmänheten binds till prenumerations-tjänster inlåsta bakom betalväggar och tekniska skyddsåtgärder. De stora vinnarna är sällan de som skapar verken, utan de som har förvärvat rättigheterna till dem.¹ Politiker och jurister kämpar för att hinna med i den snabba utvecklingen, men insatserna resulterar ofta i vad som mest blir ett lapptäcke av särlösningar och nödlösningar. Varken allmänhet eller upphovspersoner blir nöjda.

Den digitala världens möjligheter till kunskapsspridning är en av de mest demokratiutjämnande utvecklingarna i modern tid. Det öppnar också upp helt nya möjligheter för forskning och utbildning, och digital teknik och digitala metoder var viktiga delar i att forskare exempelvis kunde utveckla vaccin mot covid på rekordtid. Men hur ska immaterialrätten hinna med i den snabba tekniska utvecklingen?

Den här rapporten försöker ta ett helhetsperspektiv på upphovsrätten i den snabba tekniska utvecklingen, och ge förslag på hur en mer lätttrölig och navigerbar balans mellan upphovspersonernas och allmänhetens intressen kan uppnås utifrån två specifika bestämmelser i infoc-direktivet.

1 Bruncevic, Merima, *Fixing the shadows: access to art and the legal concept of cultural commons*, Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2014.

Utgångspunkt

Utgångspunkten för den här texten är att det ligger ett förslag på bordet om att införa den s.k. trestegsregeln som en bestämmelse i den svenska upphovsrättslagen.

När en uphovsperson skapar ett verk får den ensamrätt till verket. Denna ensamrätt inskränks dock i vissa fall, då det finns ett stort samhälleligt intresse i att allmänheten utan tillstånd och krav på ersättning också kan använda verken – som för utbildning eller forskning. Detta brukar kallas för uphovsrättsliga undantag och inskränkningar. EU:s infocodirektiv innehåller en uttömmande katalog över vilka undantag och inskränkningar man får införa i nationell rätt. Vid samtliga dessa inskränkningar ska trestegsregeln tillämpas, en regel som klargör att verk bara får användas

1. i vissa särskilda fall (dvs. de reglerade inskränkningarna),
2. att användningen inte får strida med den normala användningen av verket (dvs. konkurrera med uphovspersonens möjlighet att tjäna pengar på verket),
3. och att användningen inte får oskäligt inkräkta på dennes legitima intressen.

Frågan är dock hur denna trestegsregel ska tillämpas, en fråga som har debatterats i den juridiska litteraturen i Sverige och Europa i årtionden.² Det finns två på pappret rimliga alternativ. Det första är att man införlivar trestegsregeln i nationell lag, och därmed har breda inskränkningar. Användare vet att de måste följa regeln, har detta att förhålla sig till, och rättspraxis blir central för den närmare avgränsningen av inskränkningens tillämpningsområde. Det andra alternativet är att man aktivt tillämpar regeln när nationella inskränkningar formuleras, på ett sådant snävt sätt att trestegsregeln blir överflödig i nationell rätt. Användaren behöver då inte bry sig om regeln, och domstolarna tillämpar den bara i oklara fall.

Upphovsrättssällskapen och de kollektiva förvaltningsorganisationerna har i årtionden kämpat för att trestegsregeln ska införlivas i nationell rätt. De kämpar dock *också* för betydligt snävare inskränkningar. Det innebär en dubbel begränsning av användares möjligheter och rättigheter. En sådan dubbel begränsning motverkar dock själva syftet med trestegsregeln, en balans mellan uphovspersonens och allmänhetens intressen.

2 Se bl.a. Martin Senftleben, *The International Three-Step Test: A Model Provision for EC Fair Use Legislation*, 1 (2010) JIPITEC 67, para. 1; Geiger, Christophe; Gervais, Daniel; and Senftleben, Martin. "The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law." (2013). *PIJIP Research Paper* no. 2013-04; Arnold, R., & Rosati, E. (2015), "Are national courts the addressees of the InfoSoc three-steptest?" *Gewerblicher Rechtsschutz Und Urheberrecht Internationaler Teil* 1193-1200.

Öppna normer

Problemet med en tekniskspecifik lagstiftning

I Wikimediadomen ([NJA 2016 s.212](#)) diskuterar Högsta domstolen den närmare innebörden av begreppet "avbilda". Det aktuella målet handlar om en databas, Offentligkonst.se, som länkade till digitala återgivningar av just offentlig konst. Den svenska bestämmelsen om panoramafrihet i URL 24 § tillåter avbildningar av offentlig konst på allmän plats utomhus, men är digitala återgivningar avbildningar? Den nuvarande utformningen av panoramabestämmelsen fanns med vid upphovsrättslagens tillkomst 1960. Den har setts över vid några tillfällen, bland annat vid infosocdirektivets genomförande, utan att det har föranlett några lagändringar. [SOU 2011:32](#) efterfrågade ett närmare förtydligande om begreppet *avbilda*, men det ledde inte till någon lagstiftningsåtgärd. Därför kvarstår i stort sett Auktorrättskommitténs bedömning att avbilda avser reproduktion i planet, men vad är den närmare innebörden av en reproduktion i planet, när det kommer till en digital miljö? Oklarheten som SOU 2011:32 belyste har kvarstått, vilket bland annat diskuteras i en [rättsutredning från 2013](#).³

Det behöver inte vara dåligt att en lagstiftning håller över tid, snarare tvärtom. Framtidssäkrade, teknikneutrala lagar där rättspraxis kan utvecklas

över tid är en styrka. Så har dock inte varit fallet med just "avbilda", där HD i stället drar slutsatsen att en restriktiv bedömning måste göras efter mönster av trestegsregeln. Första steget tolkas som att "inskränkningen ska vara tydligt avgränsad och preciserad", men det är inte helt tydligt om detta är en tolkning av lagstiftarens uppgift eller också en instruktion till domstolar. Tydligare anvisningar till domstolen ges apropå det andra steget, dvs. att inskränkningen inte ska konkurrera med det normala utnyttjandet av verket. I det fallet menar HD att en dynamisk tolkning ska göras som "beaktar upphovsmannens rätt att exploatera verket på de nya sätt som teknikutvecklingen öppnar för," vilket i sin tur innebär att saken "ställer sig annorlunda när konstverket används i en digital miljö."⁴ Alla möjligheter som den digitala utvecklingen möjliggör ska, typiskt sett, tillfalla upphovsmannen.

Om lagen alltid ska tolkas restriktivt sett till den tekniska utvecklingen innebär det antingen ständiga, ytterligare begränsningar av tillämpningsområdet för inskränkningar, i takt med att utvecklingen fortskrider, eller att lagen behöver uppdateras för varje större tekniskt framsteg. Inget av dessa alternativ är optimala.

3 Daniel Westman, Rättsutredning, 24 § Upphovsrättslagen. Tillgänglig via https://upload.wikimedia.org/wikipedia/se/6/67/R%C3%A4ttsutredning_Daniel_Westman.pdf.

4 HÖGSTA DOMSTOLEN Ö 849-15, s. 6.

Fördelarna med en öppen lagstiftning som utvecklas genom rättspraxis

Ett alternativ är att i stället lagfästa vad som har kallats för en öppen norm, där man i lagens bestämmelser etablerar politiska principer och sedan låter rättspraxis tolka dessa principer i skenet av den tekniska utvecklingen. En studie från Centre for Intellectual Property Policy & Management (CIPPM) vid Bournemouths universitet definierar en öppen norm som en ”bred och icke uttömmande inskränkning i upphovsrätten vars omfattning tolkas och bestäms på ett flexibelt sätt genom en rad allmänna kriterier som kompletteras med rättsliga helhetsbedömningar utifrån den legala, kulturella, samhällsliga och teknologiska utvecklingen.”⁵ Studiens författare analyserar sju jurisdiktioner – USA, Kanada, Israel, Singapore, Sri Lanka, Japan och Sydkorea – där olika varianter av öppna normer har genomförts, och studerar hur utfallet har blivit på nationell nivå.

Slutsatsen av studien är att ländernas kreativa sektor har främjats av öppna normer, men även forsknings- och utbildningssektorn. Studien visar också att öppna normer fungerar såväl i länder med *common law* (som Storbritannien och USA, där rättspraxis har stor juridisk betydelse) som i länder med *civil law* (som Japan och Sydkorea, där rätten i högre grad bygger på lagstadgade regler),

men även i länder med någon form av hybridssystem såsom Kanada och Israel. Studiens författare rekommenderar utifrån analysen av de sju länderna att även europeiska länder inför öppna normer, för att upphovsrätten ska kunna utvecklas i samband med den tekniska utvecklingen, utan att alla parter behöver vänta på långa lagstiftningsprocesser. Studien gör det också klart att öppna normer är fullt förenliga med *civil law*-baserade rättssystem.

Redan i HD:s förhandsavgörande i Wikimediadomen läggs en grund till en potentiell öppen norm. I avgörandet anför man att en ”dynamisk tolkning” ska göras utifrån ”de nya sätt som teknikutvecklingen öppnar för”, vilket i sig är en anvisning till domstolar att analysera inskränkningarnas tillämpningsområde utifrån den framväxande tekniken. Det stora problemet är att man också lyfter fram att det som ska beaktas är ”upphovsmannens rätt att exploatera sina verk med den nya tekniken.” Det balanserande perspektivet, allmänhetens intressen, lyser dock med sin frånvaro i HD:s tolkning. Den dynamiska tolkning som ska anföras måste förutsätta att upphovsmannens rätt och *allmänhetens intressen* – bland annat de grundlagsstadgade yttrande- och tryckfriheterna liksom den akademiska friheten – beaktas utifrån den teknologiska utvecklingen.

5 Mendis, Dinusha and White, Benjamin and Hong, Dukki, *Copyright and Open Norms in Seven Jurisdictions: Benefits, Challenges & Policy Recommendations*. Zenodo, 2024. <https://doi.org/10.5281/zenodo.10655757>.

Infosocdirektivet

En utmaning för att införa övergripande, öppna normer i EU är infosocdirektivet, som tillkom i början av 2000-talet för att harmonisera den europeiska upphovsrätten i det framväxande informations-samhället. I Bernkonventionen, som sätter ramverket för den internationella upphovsrätten, ges konventionens parter i art. 9.2 möjlighet att i nationell rätt genomföra vissa inskränkningar, under förutsättning att de inte bryter mot trestegsregeln (nedan).⁶ Trestegsregeln har tolkats på olika sätt i olika jurisdiktioner, och har av WTO ansetts vara förenlig med den amerikanska normen *fair use*, en öppen norm där lagstiftningen fastställer vissa grundläggande principer men där omfattningen och tillämpningen av dessa principer fastställs i rättspraxis.⁷

I infosocdirektivet valde man istället att fastställa en uttömmande lista över tillåtna inskränkningar.⁸ I art. 5 fastställs de tjugotalet inskränkningar som är tillåtna, men inte obligatoriska, att genomföra i nationell rätt. Det innebär att om en inskränkning inte finns i listan eller i senare EU-direktiv får medlemsstaten inte behålla eller införa inskränkningen. Förvisso öppnar art. 5.3.o upp för andra inskränkningar på nationell nivå, men bara sådana som redan fanns vid direktivets genomförande, och som är av

mindre betydelse, samt enbart i analog form. URL 23.1 § punkt 2 är ett exempel på en bestämmelse i svensk lag som har ansetts vara en implementering av 5.3.0,⁹ och enligt vilken man får återge offentliga konstverk för kritik, men bara analogt (t.ex. i en tryckt tidskrift). Det finns alltså inga möjligheter att införa ytterligare inskränkningar eller undantag i nationell rätt, såvida det inte följer av ett senare EU-direktiv.

För de flesta, även för EU, har det blivit tydligt att infosocdirektivets uttömmande lista inte är tillräcklig. Så har senare direktiv introducerat nya obligatoriska inskränkningar, såsom bestämmelserna om text- och datautvinning (TDM) i [DSM-direktivet](#), på grund av infosocdirektivets stora brist på klarhet i skenet av den tekniska utvecklingen. Med den tekniska utvecklingen är inte infosocdirektivets inskränkingsbestämmelser längre tillräckliga. Det har också framhållits att infosocdirektivet har misslyckats med att harmonisera den inre marknaden, inte har tagit tillräcklig hänsyn till användares behov av dynamiska regelverk, har misslyckats med att förutse hur digitaliseringen bidrar med nya användningsområden, och har gjort det svårt för medlemsstater att bemöta framtida teknologiska utvecklingar.¹⁰

6 Se [Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk](#), art. 9.2.

7 WTO, *Panel Report on United States–Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R (2000).

8 [EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2001/29/EG](#) av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

9 Detta är i sig en problematisk tolkning, vilket diskuteras i avsnittet ”citaträtten” nedan.

10 Schönning, Johannes, *The Legitimacy of the InfoSoc Directive - Specifically Regarding the Copyright Exceptions*, Lund universitet (2010). Se även Xalabarder, R. *The Role of the CJEU in Harmonizing EU Copyright Law*. IIC 47, 635–639 (2016). <https://doi.org/10.1007/s40319-016-0509-2>

Infosocdirektivets uttömmande lista med specifika, avgränsade inskränkningar är ett problem i sig för en teknikneutral, framtidssäkrad upphovsrätt, men det betyder inte att det inte finns bra sätt på en nationell nivå för att utnyttja direktivets potential. Nedan kommer

två exempel att ges på hur nationella bestämmelser i enlighet med infosocdirektivet kan utformas på ett sätt som både uppfyller direktivets krav och samtidigt möjliggör flexibla helhetsbedömningar genom rättspraxis. Först dock några ord om trestegsregeln.



Trestegsregeln

Infosocdirektivets lista med tillåtna undantag och inskränkningar avslutas med den redan nämnda trestegsregeln (art. 5.5). Det finns några väsentliga skillnader mellan Bernkonventionens och infosocdirektivets trestegsregler. I den förstnämnda är det upphovspersonens intressen som står i fokus, medan det i det sistnämnda är rättsinnehavaren, och det blir allt vanligare att upphovsrätten förvaltas eller handhas av andra än upphovspersonen. I Bernkonventionen är trestegsregeln en generell tolkningsprincip som ska hitta en balans mellan upphovspersonens och allmänhetens intressen, medan den i infosocdirektivet i högre grad är en sluten regel som ska tillämpas på de redan listade inskränkningarna, vilket i praktiken innebär en ytterligare begränsning av deras tillämpningsområde snarare än en generell, balanserande tolkningsprincip.

Rättspraxis i EU är inte entydig när det kommer till tillämpningen av trestegsregeln, och de centrala begreppen i det andra och det tredje steget – det normala utnyttjandet av verket och rättsinnehavarens legitima intressen – har inte harmoniserats av EU-domstolen. Det innebär att det finns en otydlighet när det kommer till hur regeln ska tolkas. Det finns visst stöd för HD:s tillämpning i EU-rätten, men också motstridiga domar som kan tolkas på annat sätt. Vissa

domar från EU-domstolen, bland annat Funke Medien, antyder att trestegsregeln ska förstås som en anvisning till lagstiftaren snarare än till domstolen, och att det handlar om den nationella implementeringen snarare än den enskilda tillämpningen.¹¹ HD kommer till motsatt slutsats, när den i Wikimediadomen menar att regeln också ska ses som en anvisning till domstolen för att bedöma en enskild tillämpning.

Eftersom Wikimediadomen i sina bedömningar av trestegsregeln är prejudicerande innebär det att så länge inte en annan bedömning görs av den svenska lagstiftaren, HD eller EU-domstolen kommer trestegsregeln också att ses som en anvisning till domstolarna. Samtidigt har HD i senare fall bara i begränsad omfattning använt sig av regeln. Det finns således ingen entydig slutsats kring dess användning i den nationella rätten heller.

Enligt betänkandet om upphovsrättens inskränkningar (SOU 2024:4) är trestegsregelns steg kumulativa. Man refererar bland annat till Stichting de Thuiskopie, mål C-462/09, dom den 16 juni 2011, punkt 31.¹² EU-domstolens tolkningar är dock inte entydiga, och i senare fall – bland annat Stichting Brein, punkterna 63–71 – har enbart några av stegen tillämpats. Enligt Daniel Jongsma är Public

11 Se bl.a. forskningssammanställningen i Jongsma, Daniel, "The Nature and Content of the Three-Step Test in EU Copyright Law: A Reappraisal" (July 31, 2020). Eleonora Rosati (ed.), *Handbook of European Copyright Law* (Routledge 2020), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3665934> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3665934>

12 SOU 2024:4. *Inskränkningarna i upphovsrätten*. Stockholm: Regeringskansliet, s. 125. Tillgänglig på Internet: <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/statens-offentliga-utredningar/2024/01/sou-20244/>

Relations Consultants Association, mål C-360/13, dom den 5 juni 2014 (punkterna 54–62) det enda fallet där det första steget har tillämpats, men å andra sidan tillämpas det tredje steget före det andra. Trestegsregeln tillämpas med andra ord i omvänd ordning, stick i stäv med be- tänkandets formulering om stegen som kumulativa.¹³ Slutsatserna som kan dras från PRCA och senare avgöranden från EU-domstolen – att stegen inte är kumu- lativa, att alla steg inte behöver tillämpas och att de inte behöver tas i den givna ordningen – är i linje med deklarationen om en balanserad trestegsregel från Max Planck-institutet, som bland annat Jan Rosén skrivit under från svenskt perspektiv.¹⁴ Senare fall i svensk rätt, såsom Mobilfilmsmålet, klargör också att trestegsregeln kan tillämpas av domstol, men att den inte måste tillämpas av domstol.

Det råder alltså inte mycket konsensus om hur trestegsregeln ska tillämpas, men däremot råder det i det närmaste konsen- sus bland akademiker och lagstiftare att trestegsregeln inte måste införas i den nationella rätten.¹⁵ Vissa länder, såsom Frankrike, Italien, Tjeckien, Polen och senast Belgien, har infört trestegsregeln i nationell rätt, om än i olika former. I andra länder, såsom Tyskland, Neder- länderna, Danmark, Finland och Sverige, återges inte trestegsregeln. Oavsett om

trestegsregeln har införlivats i nationell rätt eller inte gäller den: domstolar har åberopat trestegsregeln i såväl länder med trestegsregeln i nationell rätt som i länder utan, och så klart även i EU-dom- stolen. Tolkningarna har i många fall va- rit motstridiga. Närmare definitioner av dess innebörd är upp till EU-domstolen, som dock också har gjort motstridiga tolkningar.

Vid en eventuell nationell implemente- ring bör ett antal utgångspunkter tas i beaktande:

1. Trestegsregelns första steg, givet infocodirektivets uttömmande lista, är irrelevant i ett nationellt perspek- tiv, och har som redan sagts tilläm- pats i mycket få fall i EU-domstolen.
2. När en inskränkingsbestämmelse avgränsas till det särskilda fallet, i enlighet med trestegsregelns första steg, görs en bedömning att använd- ning i dessa särskilda fall inte strider mot den normala användningen av verket, eller med andra ord: Det har under lagstiftningsprocessen redan gjorts en avvägning mellan upphovsmannens ekonomiska rättigheter och allmänhetens grund- läggande intressen. Det torde därför vara av mindre relevans att återge även det andra steget i ett nationellt perspektiv.

13 Se bl.a. forsknings sammanställningen i Jongsma, Daniel, "The Nature and Content of the Three- Step Test in EU Copyright Law: A Reappraisal" (July 31, 2020). Eleonora Rosati (ed.), *Handbook of European Copyright Law* (Routledge 2020), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3665934> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3665934>

14 Christophe Geiger, Reto Hilty, Jonathan Griffiths, Uma Suthersanen, "Declaration A Balanced Interpretation Of The "Three-Step Test"" *In Copyright Law*, 1 (2010) JIPITEC 119 para 1.

15 Se bl.a. Jongsma (2020); Rosati, Eleonora, "No Step-Free Copyright Exceptions: The Role of the Three-step in Defining Permitted Uses of Protected Content (including TDM for AI-Training Purposes)" *European Intellectual Property Review* 262–274, (November 10, 2023). (2024) 46(5), Faculty of Law, Stockholm University Research Paper No. 123, <https://ssrn.com/abstract=4629528> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4629528>>

3. Trestegsregeln får inte begränsa tillämpningen av en inskränkning, utan ska användas för att avgöra om en viss användning faller under en inskränkning eller inte. Det handlar alltså inte om att begränsa normalfallet, utan att balansera mellan upphovsmannens och allmänhetens rättigheter i det oklara fallet. Detta fångas in i trestegsregelns tredje steg, där en övergripande balans ska göras mellan upphovspersonens och allmänhetens legitima intressen. Det tredje steget fångar därigenom in eventuella oklarheter i avvägningen från det andra steget.

Det rimligaste på nationell nivå, om en tolkningsprincip liknande trestegsregeln ska införas, är således att återge det tredje steget. Det ligger också i linje med den helhetsbedömning som enligt både EU-domstolen och en lång rad europeiska lagstiftare och akademiker ska göras.¹⁶ Det är också i linje med PRCA, som diskuterades ovan, och som tillämpade det tredje steget först – ett steg vars avvägning också innefattar det andra steget. En sådan variant återfinns också i andra EU-länder, bland annat Irland.

För att säkerställa den avvägning som ska göras bör bestämmelsen, eller åtminstone författningskommentaren, vid ett eventuellt införande också klargöra att när trestegsregeln ska tillämpas ska det ske med allmänhetens intressen i beaktande, i synnerhet de grundlagsstadgade yttrande-, tryck- och akademiska friheterna.

På så sätt uppnås den eftersträlvade balans mellan allmänhetens och upphovspersonens intressen som avses i Bernkonventionen.

Fördelarna med en nationell implementering, rätt utformad, skulle kunna vara ett större utrymme för en helhets- och proportionalitetsbedömning, där inskränkningarna tolkas utifrån sina ändamål och syften. Detta skulle också öppna upp för en mer flexibel tillämpning, något som också är i linje med det faktum att EU-domstolen inte alltid har tillämpat regeln strikt och stegvist. Proportionalitetsbedömningen och flexibiliteten, med ökade möjligheter för domstolar att tolka inskränkningarna i ljuset av den balans som ska uppnås mellan upphovspersonens och allmänhetens rättigheter, innebär också att inskränkningar kan införas på ett mer direktivnära sätt, vilket också ökar flexibiliteten i relation till samhällets tekniska utveckling och EU-domstolens nya praxis. Rätt utformad kan en sådan regel motverka att lagstiftning blir inaktuell, som med Wikimediadomen. Direktivnära lagstiftning, som kan utvecklas utifrån EU-domstolens framväxande praxis, underlättar också för gränsöverskridande användning och harmoniserar den inre marknaden.

Raquel Xalabarder pekar i sin studie på en utveckling där EU-domstolens domar i en tid med snabba teknologiska förändringar blir alltmer flexibla, och att domstolen därtill i högre grad pekar på behovet av harmonisering. En återgivning av trestegsregelns tredje steg i nationell rätt skulle kunna vara ett

16 Se bl.a. Hilty, Reto & Geiger, Christophe & Griffiths, Jonathan. (2008). "Declaration on a Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law". *Ami*, 8–11 (2009). 39. Deklarationen refereras även i generaladvokat Campos Sánchez-Bordonas förslag till avgörande i målet Land Nordrhein-Westfalen vs. Renckhoff (not 82). Jan Rosén skrev bland annat under deklARATIONEN.

effektivt sätt att se till att svensk upphovsrättslag utvecklas i samklang med EU-domstolens framväxande praxis.¹⁷

För att säkerställa att en nationell trestegsregel uppnår den eftersträvade balansen mellan olika intressen bör en författningskommentar tydliggöra att när trestegsregeln tillämpas ska grundläggande friheter, i synnerhet yttrandefrihet och tryckfrihet, tas i beaktande.



17 Xalabarder (2016).

Möjliga öppna normer i svensk rätt

Hur skulle en nationell öppen norm kunna fungera i praktiken? Nedan följer exempel utifrån två bestämmelser i infosocdirektivet, art. 5.3.d och 5.3.h. Exemplena är inte tagna ur luften, utan motsvarar implementeringar av infosocdirektivet som har gjorts i andra länder, inklusive våra nordiska grannländer i det första fallet och länder som Tjeckien, Irland, Österrike, Portugal och Tyskland i det andra fallet.

Citrätten

Citrätten är en av få inskränkningar som återfinns redan i Bernkonventionen. Inflytelserika akademiker som Tanya Aplin (King's College) och Lionel Bentley (University of Cambridge) har framhållit citrätten som en generell inskränkingsbestämmelse, och att ordalydelsen i Bernkonventionen till och med skulle kunna ses som en global och obligatorisk öppen norm i likhet med "fair use":¹⁸ den är global eftersom den finns i Bernkonventionen och Tripsavtalet, ordalydelsen i Bernkonventionen gör det tydligt att den är obligatorisk, och Bernkonventionen begränsar den inte till någon särskild typ av verk, förfogande eller syfte, även om namn måste anges vid ett tillgängliggörande, och i enlighet med god sed.

Citrätten (§ 22) är en även i den svenska upphovsrättslagen en av få generella inskränkingsbestämmelser:

22 § Var och en får citera ur offentliggjorda verk i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som motiveras av ändamålet.

Lagbestämmelsen i sig refererar även här allmänt till verk, med det enda rekvisitet att verken ska vara offentliggjorda (vilket även gäller i Bernkonventionen). Principiellt sett torde det alltså vara möjligt att i linje med den internationella upphovsrätten citera alla typer av verk, så länge det är i överensstämmelse med god sed och i den omfattning som ändamålet motiverar. De sistnämnda rekvisiten innebär att man exempelvis inte kan producera egna verk som bara består av citat av andra verk, utan att citaten kräver ett sammanhang av något slag.

Såsom svensk rättspraxis har utvecklat sig omfattas dock inte heller stillbilder, fotografier och konstverk i regel av citrätten. Det innebär att man i regel inte har någon rätt att citera fotografier eller konstverk, oavsett om dessa är offentliggjorda och användningen motiveras av ändamålet. Detta skiljer Sverige från många andra EU-länder, inklusive våra nordiska grannländer. Vill man citera bildkonstverk får man istället använda sig av en annan inskränkingsbestämmelse i den svenska upphovsrättslagen, nämligen 23 § 1 stycket andra punkten – som dock bara gäller i analog form:

18 Aplin T, Bentley L. *Global Mandatory Fair Use: The Nature and Scope of the Right to Quote Copyright Works*. Cambridge University Press; 2020.

23 § Offentliggjorda konstverk får återges i anslutning till texten i en kritisk framställning, dock inte i digital form.

När infosocdirektivet implementerades menade lagstiftaren att det inte fanns någon inskränkingsbestämmelse i infosocdirektivet som öppnade upp för den här typen av användning, och att den enda möjligheten att bevara inskränkningen, som fanns i den svenska upphovsrättslagen sedan tidigare, var att använda artikel 5.3.o:

5.3.o Användning i vissa andra fall av mindre betydelse där undantag eller inskränkning redan finns enligt nationell lagstiftning, förutsatt att de endast berör analog användning.

Detta är dock en märklig tolkning, eftersom bestämmelsen tycks helt i linje med artikel 5.3.d i infosocdirektivet:

5.3.d Citat för användning i t.ex. kritik och recensioner, förutsatt att de avser ett verk eller annat alster som redan lagligen gjorts tillgängligt för allmänheten, att källan, inbegripet upphovsmannens namn, anges, om inte detta visar sig vara omöjligt, och att användningen sker i enlighet med god sed samt i den utsträckning som krävs med hänsyn till det särskilda ändamålet.

Det finns ingenting i art. 5.3.d som begränsar bestämmelsen till att inte omfatta bildkonstverk och fotografier. Snarare har rättsutvecklingen i EU-domstolen gått i en riktning där det tydligt klargörs att det går att citera fotografier och bildkonstverk.

I den så kallade *Painer*-domen (C-145/10) utgår man från att fotografiska verk omfattas av inskränkningen (och varken EU-kommissionen eller de länder som gav tillkänna sin mening i fallet uttryckte någon annan uppfattning). En annan liknande tolkning finns i *Pelham*-domen, enligt vilken citat kan göras oavsett verkstyp, så länge det finns en "dialog" med det citerade verket:

71. Beträffande den sedvanliga betydelsen av ordet citat i vanligt språkbruk, konstaterar domstolen att ett citats grundläggande kännetecken är att ett verk, eller mer generellt ett utdrag ur ett verk, används av en användare som inte är upphovsman till verket för att illustrera ett uttalande, försvara en ståndpunkt eller göra det möjligt att förnuftsmässigt ställa verket mot användarens uttalanden. Den användare av ett skyddat verk som avser att åberopa undantaget för citat måste således ha som syfte att ingå en dialog med verket, såsom generaladvokaten har angett i punkt 64 i sitt förslag till avgörande.

Ett växande antal författare på temat drar också tolkningen att *Pelham* och *Spiegel Online* bidrar till att introducera en EU-autonom definition av citat, dvs. som ges samma tolkning inom hela EU och oberoende av definitioner på nationell nivå. Denna definition innefattar också fotografier och stillbilder.¹⁹

Inget annat nordiskt land har snävat in återgivandet av konstverk i kritiska framställningar till enbart analoga nyttjanden, och *Painer*, *Pelham* och *Spiegel Online* gör det klart och tydligt att citaträtten också omfattar bilder och fotografier.

19 Se bland annat Havela Samuli, "[Quotation as an Autonomous Concept of EU Copyright Law and Its Compatibility with Online Content-Sharing Services](#)", Lapplands universitet, våren 2021; Rosati, Eleonora, "[What does the European Commission Make of the EU Copyright Acquis when it Pleads before the CJEU? The Legal Service's Observations in Digital/Online Cases](#)", *European Law Review* nr 1 2020. Hui, A., Döhl, F. "Collateral Damage: Reuse in the Arts and the New Role of Quotation Provisions in Countries with Free Use Provisions After the ECJ's *Pelham*, *Funke Medien* and *Spiegel Online* Judgments." *IIC* 52, 852–892 (2021).

Den europeiska synen att bilder ingår i citaträtten, inklusive för kritik, görs tydligt i DSM-direktivet. Enligt 52 p § finns det i dag i den svenska upphovsrättslagen en rätt för användare av informationssamhällets tjänster att citera verk, utan begränsningar till konstverk, på de plattformar som omfattas av bestämmelsen (definierade i 52 i §). Det innebär att det i dagsläget finns en citaträtt för konstverk på digitala plattformar som omfattas av 52 i §, samt i analog form enligt 23 § 1 stycket 2. Det innebär att en rad digitala plattformar dock fortfarande exkluderas, inklusive Wikimediaplattformarna men även många massmedier. Trots att massmediers rapportering till allmänheten, enligt EU-domstolens rättspraxis, tillskrivs ett än större informations- och yttrandefrihetsvärde än en enskild användares digitala återgivning.

Den svenska ordningen tycks oförenlig med europeisk rättspraxis. Den rimligaste lösningen vore att stryka kravet på att återgivning bara får ske i analog form i 23 § 1 stycket 2, och att den närmare innebörden av den generella inskränkingsbestämmelsen för citat (såsom implementerad genom 22 och 23 §§) lämnas till domstol för avvägningen mellan upphovspersonens och allmänhetens intressen. En sådan lösning lägger en grund till en öppen norm, där rättspraxis definierar de närmare avväganden som måste göras i balansen mellan upphovspersonens och allmänhetens intressen.

Panoramafrihet och en dynamisk tolkning av den tekniska utvecklingen
Det prejudicerande fall i svensk rätt där HD har tillämpat trestegsregeln gäller det så kallade panoramaundantaget, nuvarande URL 24 § 1 stycket, som ger var och en rätt att, utan tillstånd från upphovspersonen, avbilda offentliga konstverk som är stadigvarande placerade på

allmän plats. HD-domen gör alltså gällande att panoramafriheten bara omfattar reproduktion i planet, vilket av många har tolkats som tvådimensionell återgivning och inte digitalt. Den närmare innebörden är dock oklar: Är det efter domen otillåtet att återge bilder digitalt över huvud taget, eller bara i den form som skedde via projektet Offentligkonst.se? Är det med andra ord förbjudet att dela bilder på offentlig konst digitalt, även för privatpersoner (vilket Patent- och marknadsdomstolen antyder i sin följande dom), eller är det förbjudet att sammanställa en strukturerad databas som länkar till digitala återgivning av offentliga konstverk? Bristen på tydlighet är ett stort problem för digitala aktörer. Volontärer på Wikipedia har slutat dokumentera den offentliga konsten, vilket är en stor brist för utbildning, folkbildning och demokrati, och det är högst oklart om man får dela offentlig konst på sociala medier.

Det svenska undantaget är på flera sätt mer begränsat än infocoddirektivet. Bland annat omfattar det bara konstverk och inte alla typer av verk, och därtill bara verk placerade utomhus. Frågan är i vilken grad dessa ytterligare begränsningar faller inom den nationella lagstiftarens möjligheter till skönsmässiga bedömningar, det vill säga inom ramen för hur långt den nationella lagstiftaren får gå från direktivtexten. Det är dock en diskussion som Högsta domstolen inte tar fasta på, som i stället diskuterar den närmare innebörden av begreppet *avbilda*. Begreppet definieras inte i svensk upphovsrättslag, trots att SOU 2011:32 efterfrågade en tydligare definition. Utifrån sin tolkning av trestegsregeln drar HD slutsatsen att "en dynamisk tolkning som beaktar upphovsmannens rätt att exploatera verket på de nya sätt som teknikutvecklingen öppnar för" ska göras. HD menar att det förvisso finns ett stort

allmänintresse i det föreliggande fallet (punkt 21), men att det är irrelevant eftersom det utifrån den dynamiska tolkningen kan innebära en ekonomisk förlust för upphovspersonen. ”Rätten att med ny teknik exploatera verk” ligger därför kvar hos upphovspersonen.

I Wikimediadomen görs ingen egentlig avvägning mellan upphovspersonens och allmänhetens intressen. Trots det stora allmänintresset ska en restriktiv tolkning göras, i vad som förefaller vara en referens till trestegsregeln. Tolkningen har dock inget entydigt stöd i EU:s rättspraxis, och i ett rättsfall som *England And Wales Cricket Board v Tixdaq* (2016) är rätten tydlig med att upphovspersonens intressen ska balanseras mot allmänhetens:

Rather, the exception can apply unless those interests are unreasonably prejudiced. This requires consideration of proportionality, and a balance to be struck between the copyright owners' legitimate interests and the countervailing interests served by the exception.²⁰

Akademikerna som skrivit under deklARATIONEN om en balanserad tolkning av trestegsregeln framhåller också att denna balans mellan upphovspersonens och allmänhetens intressen är central när trestegsregeln tillämpas, men detta beaktas inte i Wikimediadomen.²¹

Trestegsregeln öppnar upp för en utveckling via rättspraxis där nya bedömningar görs utifrån den tekniska utvecklingen. HD:s förhandsavgörande innebär dock att all teknisk utveckling typiskt tillfaller upphovspersonen. Det i sin tur innebär

att allmänhetens intressen urholkas för varje teknisk innovation, i sig en kraftig begränsning av yttrandefrihet och andra grundlagsstadgade rättigheter, begränsningar som också motverkar innovation och utveckling.

En trestegsregel som genomförs på ett sådant sätt att upphovspersonens och allmänhetens intressen balanseras utifrån de nya, potentiellt oklara fall som den tekniska utvecklingen öppnar upp för ger en möjlighet för rättspraxis att fylla ut där lagstiftaren inte hinner med. Det förutsätter dock bestämmelser som är brett formulerade och nära implementeringar av EU-bestämmelserna. Annars kommer trestegsregeln bli en dubbel begränsning snarare än en balanserande tolkningsregel, och en sådan användning av regeln finns det inte stöd för vare sig i europeisk eller internationell rätt.

En grund för en öppen norm finns i infocodirektivets artikel 5.3.h, som gör gällande att verk, utan att definiera exakt vilka, som är permanent placerade på offentlig plats, kan användas fritt. Bestämmelsen i infocodirektivet öppnar upp för en utveckling via rättspraxis, där den närmare gränsen för inskränkningens tillämpningsområde fastställs av domstol, bland annat utifrån den tekniska utvecklingen. Det förutsätter dock både en direktivnära bestämmelse i den svenska rätten, och att trestegsregeln tillämpas på ett sätt som bidrar till en avvägning mellan upphovspersonens och allmänhetens intressen.

20 *England And Wales Cricket Board Ltd & Anor v Tixdaq Ltd & Anor* [2016] EWHC 575 (Ch) (18 mars 2016), stycken 91–92.

21 Christophe Geiger, Reto Hilty, Jonathan Griffiths, Uma Suthersanen, ”Declaration A Balanced Interpretation Of The “Three-Step Test”” *In Copyright Law*, 1 (2010) JIPITEC 119 para 1.

Slutsats

Den tekniska utvecklingen går mycket snabbt, och digitala tekniker öppnar upp för nya sätt att använda verk på. Utvecklingen innebär dock utmaningar för upphovspersoners möjligheter att tjäna pengar på sina verk, samtidigt som gråzoner uppstår där det blir oklart vilka inskränkningar som egentligen är tillämpliga.

Utifrån ett antal anledningar finns det goda skäl att implementera EU-direktivens inskränkningar så direktivnära som möjligt. Dels innebär det en ytterligare harmonisering av EU:s upphovsrätt, vilket främjar möjligheterna att både skydda och dela verk inom EU, vilket bland annat Svenskt Näringsliv har lyft fram i rapporten "Globalisation in the knowledge economy". Dels innebär det att rättspraxis kan fylla i där nya möjligheter uppstår, utan att lagen ständigt behöver skrivas om – vilket är en långsam, omständlig och dyr process.

HD:s avgörande i Wikimediadomen har dock bidragit till att skapa nya gråzoner, med en otydlig och omstridd tillämpning av trestegsregeln som gör det oklart hur man kan använda sig av skyddade verk med nya digitala tekniker.

Om inskränkingsbestämmelser genomförs direktivnära, kompletterade av en trestegsregel som i huvudsak tar fasta på trestegsregelns tredje steg, öppnar det upp för en möjlighet att låta domstolar avgöra hur nya fall utifrån teknikens utveckling ska bedömas. En sådan trestegsregel bör klargöra att när trestegsregeln tillämpas ska grundläggande friheter, i synnerhet yttrandefrihet, tryckfrihet och akademisk frihet, tas i beaktande. Det säkerställer att upphovspersonernas rättigheter skyddas, i det att användning som oskäligt inkräktar på deras legitima intressen, inte är tillåtna. Men det säkerställer också att allmänhetens intressen, såsom för forskning, utbildning och folkbildning, skyddas.

Ovan ges exempel på hur öppna normer skulle kunna införas på ett sätt som skyddar både upphovspersonens och allmänhetens intressen, och låter domstolar hitta den rätta balansen utifrån den tekniska utvecklingen. En sådan ordning skulle gynna upphovspersoner, användare, innovationen, forskningen och i förlängningen både ekonomin och demokratin.

Öppen vetenskap och öppen tillgång

Rapport två

Inledning

På global nivå går utvecklingen mot öppen vetenskap och öppen tillgång mycket fort. Unesco har antagit globala [rekommendationer om öppen vetenskap](#),¹ och under det svenska EU-ordförandeskapet fick frågor om öppen vetenskap en stark europeisk prägel genom de skarpa förslagen i rådsslutsatserna. Land efter land inom EU lagstiftar om så kallade sekundära publiceringsrättigheter (SPR), som låter forskare parallellpublicera sina forskningsresultat i öppna forskningsdatabaser oaktat de kommersiella förslagets policyer. På nationell nivå lyfter regeringen fram betydelsen av öppen vetenskap i sina forskningspropositioner, och stora nationella forskningsfinansiärer kräver öppen publicering av forskning de finansierar. Unescos rekommendationer om öppen vetenskap har också föranlett de nya nationella riktlinjerna för öppen vetenskap, framtagna under ledning av Kungliga biblioteket.²

Den här utvecklingen är av mycket stor vikt för att främja spridningen av fri kunskap. Öppen vetenskap, med bättre möjligheter för forskare att göra sin forskning fritt tillgänglig, är nödvändigt för kunskapsspridningen i samhället, och fundamentalt för projekt som Wikipedia och andra folkbildningsprojekt, som sammanställer och tillgängliggör kunskap för allmänheten. Öppen vetenskap bidrar också till att Wikimediaplattformarna kan bistå i den tredje uppgiften, med att föra ut forskning och kunskap från högskolor och universitet

till allmänheten. Det är också, i samarbete med den allmänhet som delar och tillgängliggör den, en viktig motkraft till spridning av desinformation och oavsiktligt felaktig information.

Så starkt stöd det nu finns för öppen vetenskap kvarstår dock fortfarande många upphovsrättsliga hinder för forskning. Dessa hinder gäller både för att bedriva och sprida forskning på ett effektivt, modernt och innovativt sätt. På så sätt förhindras även forskare och allmänhet att använda de möjligheter som den digitala utvecklingen öppnar upp för, när det kommer till kunskapsspridning och nyttiggörande av forskning på samhällsnivå.

Det är dessa hinder som den här rapporten kommer att belysa. Rapporten försöker ta ett helhetsgrepp på den akademiska processen, och belysa vilka hinder som finns för såväl forskningsproduktion som forskningspridning, utifrån idén att det generellt sett behövs en upphovsrättslig miljö som främjar forskning för att forskningen också ska komma samhället till gagn i fritt och tillgängligt format. Om lagstiftningen motverkar den akademiska processen i någon del får det följdverkningar på hela processen, och därför är det nödvändigt med en tillåtande lagstiftning i alla delar, om målet är att vetenskapen ska bli öppen, tillgänglig och fri. Detta innefattar en framtidssäkrad, teknikoberoende lagstiftning som främjar och inte hindrar digitala möjligheter.

1 UNESCO Recommendation on Open Science, 2021. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000379949/PDF/379949eng.pdf.multi>

2 Se <https://www.kb.se/samverkan-och-utveckling/nationella-riktlinjer-for-oppen-vetenskap.html>

Internationell utblick

I Unescos rekommendation om öppen vetenskap betonar medlemsstaterna att öppen vetenskap förvisso bygger på immaterialrätten, men också förutsätter öppna licenser och en flexibilitet i upphovsrätten som möjliggör tillgång till kunskap för såväl forskare som allmänhet, och därtill skapar möjligheter för innovation och medborgarforskning. Som flera europeiska studier och rapporter har påvisat motverkar stelbenta upphovsrättsliga ramverk på europeisk och nationell nivå effektivt innovation och utveckling, och bidrar därigenom till en sämre europeisk konkurrenskraft på global nivå.³ Det gäller även för ideella aktörer som Wikimediaplattformarna, vars fulla potential inte kan utnyttjas när upphovsrätten uppställer hinder för nytänk och innovation.

I ljuset av Unescos rekommendationer antog Europeiska rådet under svensk ledning slutsatser som ”välkomnar” genomförandet av sekundära publice-ringsrättigheter i nationell rätt, och man uppdrar åt EU-kommissionen att riva hinder för forskning som del av den andra punkten i Europeiska forskningsområdets politiska agenda. De upphovsrättsliga utmaningarna för öppen vetenskap och forskning är dock många. På europeisk nivå är en av de stora utmaningarna den

stora upphovsrättsliga fragmentiseringen. Det så kallade infosocdirektivet skulle bidra till att harmonisera upphovsrätten i informationssamhället, men fortfarande råder mycket stor skillnad mellan EU:s medlemsländer vilka upphovsrättsliga förutsättningar det finns för forskning. Bestämmelserna i infosocdirektivet har implementerats på väldigt olika sätt, och ofta har man plockat russin ur kakan genom partiella implementeringar eller tämligen skönsmässiga tolkningar. Det gör att upphovsrättslagstiftningen i EU ofta liknar ett lapptäcke, med stora skillnader i hur bestämmelserna formuleras mellan medlemsländer. Även om det i många fall har varit nödvändigt, inte minst på grund av den digitala samhällsutvecklingen, har det gjort att det i det närmaste är omöjligt att följa hur infosocdirektivet har implementerats på nationell nivå, och att veta vilka nationella bestämmelser som motverkar EU-direktivet.⁴ Det innebär i sin tur att det är mycket svårt för exempelvis svenska forskare att veta hur de kan samarbeta med forskare i andra EU-länder, eller hur de juridiska förutsättningarna ser ut för att få tillgång till material från andra EU-länder.

På europeisk nivå hörs förslag om att göra kunskap till en femte fri rörlighet (efter varor, tjänster, människor och

3 Se bl.a. KR21:s artikel om DG RTD:s översyn av de upphovsrättsliga förutsättningarna för forskning inom EU [<https://www.knowledgerights21.org/news-story/time-for-the-eu-to-step-into-line-with-its-global-competitors-a-new-commission-study-on-research-accessibility-and-reuse/>] liksom den innovationsparadox som många av EU-policier lider av [<https://www.knowledgerights21.org/news-story/the-innovation-paradox-europe-driving-with-the-handbrake-on/>]

4 Det här knyter tillbaka till diskussionen om URL 23 § 1 stycket 2 punkten som diskuteras under återgivning av konstverk i den första delen: Är det en implementering av 5.3.d eller 5.3.o? Och är 1 stycket, om återgivning av offentliga konstverk i vetenskaplig forskning, en implementering av 5.3.a eller 5.3.d? Även om man detaljläser propositionerna för direktivens genomförande är det svårt att få överblick, och särskilt för forskare i andra länder.

kapital). Grundtanken är att kunskap måste kunna flöda fritt i kunskapssamhället, och att nationella gränser för kunskap är ett hinder för förverkligandet av den inre marknaden. Så argumenterar ex. den tidigare italienske premiärministern Enrico Letta, [i den så kallade Lettarapporten från april 2024](#).⁵ Vägen till en sådan femte fri rörlighet kan dock bli lång, och fram tills dess finns det mycket Sverige kan göra på nationell nivå för att stärka möjligheterna till öppen vetenskap. Nedan följer förslag som syftar till att göra det lättare för forskare att kommunicera forskning, för allmänheten att få tillgång till forskning och för organisationer att bygga en stark nationell forskningsinfrastruktur.

Wikimediarörelsen är en global rörelse. De hinder som nationella politiska gränser skapar motverkar effektivt Wikimediavolontärernas möjligheter att sprida kunskap fritt. Bristen på harmonisering inom EU och globalt får alltså inte bara negativa konsekvenser för forskare, utan också för det nyttiggörande av forskningsresultat som är nödvändigt för att forskningen ska komma allmänheten till gagn. En god forskningsmiljö i Sverige, där hinder rivs för kunskapsspridning inom EU, är en förutsättning för tillförlitlig kunskap på Wikipedia – en av Sveriges mest välanvända webbplatser, som allmänheten nyttjar för tillgång till tillförlitlig och kvalitativ kunskap.

5 Tillgänglig via <https://www.consilium.europa.eu/media/ny3j24sm/much-more-than-a-market-report-by-enrico-letta.pdf>

Användning av verk inom vetenskaplig forskning

Flera EU-direktiv, och i synnerhet DSM-direktivet från 2019, lyfter fram det stora värdet av forskning, och en upphovsrättslagstiftning som främjar och inte motverkar forskningsändamål. I flera av DSM-direktivets skäl, bland annat det femte,⁶ diskuteras det faktum att infocdirektivet, som kom till i början av 2000-talet, i den snabba digitala utvecklingens linda, i sig inte ger möjlighet till flera viktiga nyttjanden som den digitala tekniken sedan dess har möjliggjort. Det i sin tur innebär en konkurrenssnackdel för EU på den globala nivån. Det finns alltså en insikt på EU-nivå att den europeiska lagstiftningen gör villkoren sämre för europeiska forskare än kollegor i andra delar av världen.

Flera EU-länder har dock implementerat de breda bestämmelser som trots allt finns i infocdirektivet redan innan DSM-direktivets nya bestämmelser, för en god nationell upphovsrättslig grund för forskning. Storbritannien, då de ännu var med i EU, genomförde exempelvis tidigt TDM-bestämmelser, baserat på infocdirektivets inskränkningar, och liknande lösningar finns i flera länder även sedan innan DSM-direktivets genomförande. TDM och andra digitala forskningsmetoder användes innan DSM-direktivet men i brist på nationell

och europeisk politik rörde man sig i en juridisk gråzon, som DSM-direktivet bidrog till att klargöra.

De två TDM-bestämmelser som genomfördes i svensk lag genom DSM-direktivet öppnar dock bara upp för exemplarframställan, dvs. att kopiera verk. Bestämmelserna ger ingen rätt till överföring till allmänheten, vilket är nödvändigt för att ge forskare fjärrtillgång till forskningsmaterial, men också för att kunna dela forskningsresultaten och forskningsdatan för verifikation och validering, liksom för spridning av resultaten till allmänheten. Bristen på bestämmelser för överföring till allmänheten skapar stora hinder för transparent forskning och hindrar forskare från att arbeta i enlighet med de krav som ställs på öppen tillgång till vetenskaplig forskning. Dessutom skapar det stora problem för gemensam och gränsöverskridande forskning, liksom för allmänhetens nyttiggörande av forskningsresultaten. Detta gäller för all forskning där upphovsrättsligt skyddade verk ingår.

Det kan vara svårt, för att inte säga omöjligt, att juridiskt förutse forskningens framtida behov och hinder. Lagstiftningsärenden tar tid, och därför

6 I EU-lagstiftning föregås själva lagbestämmelserna – artiklarna – av ”skäl” (recitals) som ger bakgrunden till bestämmelsen. Se exempelvis DSM-direktivets skäl 5: ”Inom forskning, innovation, utbildning och bevarande av kulturarvet möjliggör den digitala tekniken nya typer av användningsområden som inte entydigt omfattas av befintliga unionsbestämmelser om undantag och inskränkningar. Dessutom skulle den frivilliga karaktären hos de undantag och inskränkningar som föreskrivs i direktiven 96/9/EG, 2001/29/EG och 2009/24/EG inom dessa områden kunna inverka negativt på den inre marknadens funktion. Detta är särskilt relevant vid gränsöverskridande användning, som blir allt viktigare i den digitala miljön.”

är det viktigt med en teknikberoende, framtidssäkrad lag som främjar och inte motverkar innovation. Den bästa lösningen därtill är att införa breda inskränkingsbestämmelser utifrån infosocdirektivet i den nationella rätten, som gör det möjligt för domstolarna att, utifrån trestegsregeln och lagfästa principer, tolka om användning som faller utanför inskränkingsbestämmelserna är rimligt balanserad mellan olika intressen. En sådan bestämmelse är art. 5.3.a:

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

Nationella bestämmelser utifrån 5.3.a genomfördes i flera länder i samband med implementeringen av DSM-direktivet, och liknande lösningar fanns sedan tidigare i flera EU-länder.⁷ Finns inte en inskränkingsbestämmelse i infosocdirektivet eller senare EU-lagstiftning får inte bestämmelsen införas på nationell nivå. En generell artikel som 5.3.a har därför varit central för att kunna genomföra nödvändiga upphovsrättsliga inskränkningar för forskningsändamål i olika EU-länder.

DG RTD i sin översyn av upphovsrättsliga hinder för forskning inom EU konstaterar att de svenska forskningsinskränkningarna är mer restriktiva/begränsande än inom övriga EU.⁸ Detta får konkret påverkan i forskares vardag, och motverkar svenska ambitioner att

vara ett ledande land för forskning och innovation. Det gör det också svårare för forskare, företag och allmänhet att bidra till nyttiggörande av forskning och spridning av forskningsresultat. För att undanröja hinder för svensk forskning kan en bred, generell bestämmelse i linje med infosocdirektivets art. 5.3.a införas, för exemplarframställan och överföring till allmänheten för forskningsändamål. Anledningen till att bägge förfoganden är nödvändiga är att de är oskiljbara och båda väsentliga delar av forskningsprocessen.

Art. 5.3.a i infosocdirektivet har tolkats förenlig med trestegsregelns första steg av EU, och uppfyller andra steget genom att klargöra att användningen bara får ske med hänsyn till det icke-kommersiella syfte som skall uppnås. Samtidigt som det alltså har en begränsad påverkan på upphovspersoners ekonomiska exploatering (den normala användningen av verket) skulle det drastiskt öka möjligheterna för forskare (som också är upphovspersoner) att beforska skyddat material, till gagn för både forskning och allmänhet. En direktivnära nationell implementering av 5.3.a, tillsammans med en generell tolkningsprincip utifrån trestegsregelns tredje steg i nationell rätt, skulle främja forskning på nationell nivå och vara förenlig med trestegsregelns tre steg. De närmare gränsdragningarna skulle få göras av domstol, i linje med den efterfrågade flexibiliteten och proportionalitetsbedömningen, och för att finna en balans mellan upphovsmannens och allmänhetens rättigheter.

7 Se bl.a. projektet Copyright Exceptions: <https://www.copyrightexceptions.eu/implementations/cz/info53a/>

8 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/77395a15-133b-11ef-a251-01aa75ed71a1>, s. 579.

Det är centralt att forskare har möjlighet att bedriva forskning på alla typer av skyddade verk. För att främja forskningssamarbeten och transparent

forskning måste forskare också kunna kopiera och återge skyddade verk samt dela dem, i linje med FAIR-principerna.⁹

⁹ Se <https://www.kb.se/samverkan-och-utveckling/oppen-tillgang-och-bibsamkonsortiet/oppen-tillgang/fair.html>

Återgivning av verk för vetenskapliga ändamål

En fråga som är nära angränsande den om användning av verk för vetenskapliga ändamål, i betydelsen att skapa möjligheter för forskare att samarbeta och tillgå material, är återgivning av skyddade verk i forskningsresultaten, såsom exempelvis i akademiska artiklar. För en lättillgänglig forskning, där forskningsresultatet är förståeligt och illustrativt, måste det finnas goda möjligheter för forskare att återge skyddade verk i artiklar, monografier och andra akademiska sammanhang.

I URL 23 § 1 stycket 1 punkten finns en inskränkning som öppnar upp för återgivning av verk för vetenskapliga ändamål, men enbart i icke-kommersiella sammanhang. Det är en viktig bestämmelse som är central för att kunna återge verk i relation till vetenskapliga sammanhang, och är en partiell implementering av art. 5.3.a i infosocdirektivet. Det innebär exempelvis att en forskare i en vetenskaplig artikel om en konstnärs motiv kan återge konstverk av konstnären för att illustrera dessa motiv, men också för exempelvis återgivning av grafer och diagram.

Den icke-kommersiella begränsningen kommer från infosocdirektivet och är således ofrånkomlig. Samtidigt skapar den komplicerade gråzoner. Forskningsfinansiärer i Sverige och övriga Europa kräver öppna licenser, i regel CC BY, på forskningsresultat som de finansierar. Samtidigt öppnar licensen CC BY upp för kommersiell återanvändning. Var går gränsen för när CC BY på forskningsresultatet innebär att användningen faller

utanför inskränkningens tillämpningsområde, om verk återges med stöd i 23 § 1 stycket 1 punkten? I vilken mån får man med stöd i inskränkningen återge offentliga verk i forskning som publiceras i vetenskapliga tidskrifter med öppen tillgång, vilka i regel kräver publicering med CC BY-licenser (och som öppnar upp för kommersiell återanvändning)? I synnerhet om tidskriften drivs av ett kommersiellt förlag? I vilken mån får verk användas för forskningsändamål om ett företag ingår i forskningsprojektet? I synnerhet om företaget också har ett intresse att återanvända resultaten från forskningsprojektet? En inskränkning som begränsar liknande användning skulle motverka regeringens forskningspolitiska proposition liksom de nationella riktlinjerna för öppen vetenskap, och få svenska forskningsfinansiärer tillåter publicering med annat än CC BY. Det sätter också käppar i hjulet för spridning av fri kunskap i samhället, och alla de ideella, utbildnings- eller folkbildningsaktörer – såsom Wikipedia och Wikimediarörelsen – som använder öppna licenser för att klargöra villkor för återanvändning av kunskap, och därmed främja kunskapsspridning.

Ordalydelsen i 5.3.a och URL 23 § innebär att europeiska forskare som är inblandade i offentlig-privat samverkan inte har samma möjligheter att dra nytta av resultaten från sin forskning som forskare i andra delar av världen. Det i sin tur är ett stort hinder för nyttiggörande av forskning i såväl Sverige som Europa. På svensk nivå motverkar detta de satsningar som den svenska regeringen har

gjort för att myndigheter som Vinnova, Patent- och registreringsverket och Upphandlingsmyndigheten ska kunna främja nyttiggörande och kommersialisering av forskning, och därigenom stärka svensk innovation och konkurrenskraft. KR21 har kallat detta för EU:s ”innovationsparadox”,¹⁰ och det är en fråga som också lyfts i den ovan citerade studien från DG RTD. De kommersiella begränsningarna i de europeiska inskränkningarna för användning av forskning motverkar europeisk innovation och konkurrenskraft globalt.

Det finns inget Sverige kan göra i nationell lagstiftning för att ändra på detta, men Sverige bör på EU-nivå driva frågan om att luckra upp den hårda gräns som har skapats mellan kommersiell och icke-kommersiell forskning. EU:s forskningsstrategier pekar på vikten av samarbeten mellan universitet och kommersiella aktörer, medan upphovsrätten underminerar just denna typ av samarbeten. Dessutom är det ett stort hinder för spridningen av fri kunskap, bland annat via digitala projekt som Wikipedia.

10 <https://www.knowledgerights21.org/news-story/the-innovation-paradox-europe-driving-with-the-handbrake-on/>

Distanstillgång

En central fråga när det handlar om att skapa goda upphovsrättsliga förutsättningar för forskning är distans- eller fjärrtillgång, där forskare får tillgång till material för forskning på distans, utan att ta sig fysiskt till institutionen som har materialet i sina samlingar. Frågan berörs bland annat i SOU 2024:4. Där konstateras att frågan snarare är upp till parterna än till lagstiftaren, med slutsatsen att inga ändringar behövs för att stärka dessa möjligheter. Detta efter att det i och för sig konstateras att en institution kanske bara får framställa exemplar för sin egen institutions skull, och att forskare i flera fall har varit tvungna att digitalisera material själva och sedan förstöra det, trots att det redan finns digitaliserat vid andra institutioner. Det finns olika bilder av vilka möjligheter till fjärrtillgång som lagen ger, men det är uppenbart att juridiska gråzoner kvarstår.

En sådan oklarhet är vad "laglig tillgång" innebär, vilket är ett rekvisit för exemplarframställan. I EU-kommissionens översyn av upphovsrättsliga hinder för forskning inom EU konstateras att otydligheten vad begreppet innebär utgör ett stort hinder för forskare att få tillgång till forskningsmaterial.¹¹ Man anför vidare att det är angeläget att motverka denna otydlighet och att det bör utredas hur infocodirektivets art 5.3.a kan användas för att ge forskare tillgång till material. Det finns inga EU-rättsliga begränsningar för detta, och genom DSM-direktivet har säkra elektroniska miljöer blivit ett EU-rättsligt begrepp. Studien pekar dock också på hur en generell inskränkning

med stöd i art. 5.3.a ger den nödvändiga legala grunden för forskare att tillgå material för sin forskning, utan att behöva digitalisera material som redan har digitaliserats, med alla de kostnader de medför. Det gör också forskningsmiljön rättvisare över Sverige, då forskare vid alla lärosäten, oavsett var de är belägna geografiskt, ges motsvarande möjligheter att beforska relevant material genom att de kan få tillgång till digitalt material på distans.

På ett samhälleligt plan medför oklarheten vad gäller distanstillgång en stor ineffektivitet i ekonomiskt såväl som miljömässigt hänseende. I ett stort, utspritt land som Sverige vore den mest effektiva användningen av resurser för att bygga forskningsinfrastruktur att en stor nationell institution (ex. Kungliga biblioteket) hade det huvudsakliga ansvaret för att bygga själva infrastrukturen, men att denna infrastruktur kan användas av forskare över hela Sverige. I stället för att tvingas ta sig fysiskt till pliktbiblioteken väljer forskare ofta att beforska annat material i stället, material som de har lättare tillgång till, vilket innebär att upphovsrätten och inte forskningsbehovet påverkar vilken forskning som sker. I många andra sammanhang väljer forskare i stället att själva framställa exemplar av verk för sin forskning, vilket innebär att samma verk kan digitaliseras flera gånger. Distanstillgång skulle spara in utsläpp från många tusen resor, vilket vore en miljövinst, men framförallt effektivisera forskningen och låta forskare ägna sin tid åt det som är värdefullt: att forska.

11 <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/77395a15-133b-11ef-a251-01aa75ed71a1>, s. 154.

Det är en stor samhällelig kostnad i sig, men lägg därtill att detta material sen ska lagras på säkra servrar inom varje institution som digitaliserar materialet, vilket såklart också blir en stor kostnadsfråga. Mycket material inom lärosätena är unikt för respektive lärosäte, men sådant material som redan har kopierats och lagrats vid ett lärosäte borde forskare

vid andra lärosäten kunna få tillgång till, för att se till att begränsade resurser används på ett klokt sätt. En förutsättning för att detta ska vara möjligt är dock en lagstiftning som möjliggör för institutioner och organisationer att dela material utanför institutionerna, bland annat genom att genomföra en bred inskränkning i linje med art. 5.3.a.



Verk som inte finns i handeln

En angränsande fråga till distanstillgång är de två nya bestämmelserna för verk som inte finns i handeln. Den ena bestämmelsen är en inskränkning som tillåter att verk digitaliseras och tillgängliggörs för allmänheten om de inte finns tillgängliga i handeln. Inskränkningen gäller dock bara i fall där det inte finns någon kollektiv förvaltningsorganisation som har mandat att representera den typen av verk. Finns det en sådan förvaltningsorganisation kan tillgängliggörandet i stället ske med stöd i en ny avtalslicens, som också efter DSM-direktivets implementering finns i den svenska upphovsrätten.

En stor del av den litteratur som beställs som fjärrlån från forskningsbibliotek och liknande institutioner är verk som inte finns i handeln. I synnerhet eftersom verk som *finns* i handeln i regel också finns tillgängliga på många bibliotek. Det finns ett stort allmänintresse i att svårtillgängliga verk görs mer lättåtkomliga. I dag kan det dock nästan enbart ske genom fjärrlån, där böckerna och verken skickas fysiskt mellan olika bibliotek. I stället för att dessa verk skickas som fysiska fjärrlån mellan bibliotek skulle verken kunna digitaliseras och tillgängliggöras via icke-kommersiella plattformar, enligt den nya inskränkningen respektive avtalslicensen för verk som inte finns i handeln.

De kollektiva förvaltningsorganisationerna har dock ännu inte tagit fram licenser som kulturarvsinstitutioner kan använda, och samtidigt finns det kollektiva förvaltningsorganisationer som representerar hart när alla verkstyper i Sverige. Det innebär att det finns ett direkt hinder för möjligheten

att tillgängliggöra verk som inte finns i handeln. Hur effektivt detta hinder är i dagsläget blir uppenbart om man tittar på de digitaliserade verk som inte finns i handeln som har rapporterats in till EUIPO:s webbportal: ett hundratal svenskspråkiga verk finns registrerade i portalen, men *inget* av verken har registrerats från en svensk institution. Inga verk alls i Sverige tycks ha tillgängliggjorts med stöd i inskränkningen eller avtalslicensen.

Enligt DSM-direktivet ska regeringen ta initiativ till samråd för att samla de berörda parterna, i sin tur för att främja utvecklingen av en fungerande licensmarknad för verk som inte finns i handeln. Regeringen har dock inte gjort detta, och uppfyller alltså inte DSM-direktivets krav.

Om bestämmelserna skulle börja användas skulle det bidra till att svårtillgängliga verk görs tillgängliga för forskare, men såklart även för samhällsmedborgare som vill ägna sig åt privata studier eller bilda sig inom något område. Skribenter på Wikipedia, exempelvis, skulle få tillgång till källmaterial på ett mycket lättare sätt, vilket skulle komma hela samhället till gagn. Större tillgång till källmaterial berikar och kontextualiserar kunskapen på Wikipedia, och verk som inte finns i handeln skulle därmed indirekt kunna bli en viktig källa för produktion av fri kunskap. Samtidigt skulle den ekonomiska förlusten för författare och upphovspersoner bli försumbar, eftersom bestämmelserna bara kan tillämpas för verk som inte finns tillgängliga via kommersiella kanaler.

Tekniska skyddsåtgärder och åsidosättande genom avtal

Två stora hinder för forskning i Sverige är så kallade tekniska skyddsåtgärder, och möjligheten att åsidosätta inskränkningar genom avtal. Tekniska skyddsåtgärder innebär digitala tekniker för att hindra tillgång och spridning av skyddade verk, tekniker som är tillåtna att använda utom i vissa fall. Åsidosättande genom avtal innebär att man via avtal, exempelvis i prenumerations-tjänster för tillgång till material, tvingas förhandla bort vissa lagstadgade rättigheter till användning av materialet. När DSM-direktivet implementerades behövde svenska lagen anpassas på så vis att man exempelvis som forskare fick rätt att kringgå tekniska skyddsåtgärder för TDM-ändamål (i forskningssammanhang), liksom att rättigheterna som TDM-inskränkningen för forskning öppnar upp för inte kan åsidosättas genom avtal. Det gäller dock bara TDM-inskränkningen för forskning, men inte för annan forskning.

Tekniska skyddsåtgärder regleras genom bestämmelserna i URL 52 d och f §§. 52 d § stipulerar att skyddsåtgärderna inte får kringgå utan upphovspersonens eller rättighetsinnehavarens samtycke. 52 f § ger dock några undantag till detta förbud, bland annat för TDM-forskning (samt för undervisningsundantaget i § 13 och för tillgång till tillgänglighetsanpassat material). För att hävda denna rätt enligt 52 f § måste dock användaren, exempelvis forskaren, vända sig till domstol, vilket kan vara en kostsam och tidskrävande process. Det innebär också att forskare i många fall sannolikt inte använder sig av ett

visst material som de har laglig rätt att tillgå, eftersom processen att hävda sin rätt är för omständlig. Den nuvarande bestämmelsen gör det svårt för forskare att värna sina rättigheter.

Rätten att kringgå tekniska skyddsåtgärder gäller också enbart för den ena TDM-inskränkningen (för forskning). Det gäller inte för den generella TDM-inskränkningen. Det gäller inte heller för forskningsorganisationers och kulturarvsinstitutioners inskränkning när det gäller exemplarframställan för forskningsändamål, utan bara för bevarande. Organisationerna får alltså framställa exemplar för bevarandändamål, även om det innebär att man måste kringgå tekniska skyddsåtgärder och oavsett vad avtalen säger, men inte för annan forskning än TDM. TDM-bestämmelsen för forskning är också den enda forskningsbestämmelsen som inte kan avtalas bort. Det innebär att avtal kan inskränka rätten för forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner att framställa exemplar för forskningsändamål.

Det bör bli lättare för användare, såsom forskare, att hävda sina rättigheter att få tillgång till material. En översyn bör också göras, för att bättre väga upphovspersonens intresse i att dennes verk inte sprids, med allmänhetens intressen till fri kunskaps-spridning. Det tycks orimligt att kulturarvsinstitutioner kan kräva sin rätt att kopiera verk för bevarande, men inte för forskningsändamål. Lagen bör också – i linje med den nya begränsningen av URL 49 a § som

gör gällande att man inte kan hävda ny upphovsrätt på återgivningar av verk där upphovsrätten har löpt ut – göra

klart och tydligt att tekniska skyddsåtgärder är otillåtna på upphovsrättsligt fritt material.



Sekundära publiceringsrättigheter

Det är viktigt att förbättra förutsättningarna för forskare att bedriva sin forskning, att kunna få tillgång till material på distans och sprida det med forskarkolleger. Forskare måste också kunna ha goda möjligheter att använda sig av verk i sin forskning, och att sprida forskning som återger skyddade verk till allmänheten. Det är dock också centralt att akademiska författare har goda möjligheter att publicera sin forskning öppet.

Forskningsfinansiärer i Sverige såväl som den svenska regeringen kräver öppen publicering av offentligt finansierad forskning. Öppen tillgång till forskning är centralt för att motverka desinformationsspridning och främja källkritik och medie- och informationskunnighet. Lättillgänglig forskning är ett effektivt sätt att öka kunskapsnivån i ett samhälle, och för Wikimediarelsens volontärer en förutsättning för att kunna bidra med kvalitativ kunskap via exempelvis Wikipedia.

Forskare möter dock ideligen utmaningar när de ska försöka publicera öppet. Bland annat fastnar de i snåriga avtal med kommersiella vetenskapliga förlag. Samtidigt som de vill publicera öppet är det viktigt för deras meritering

att publiceras i prestigefyllda tidskrifter, och även om en del sådana tidskrifter möjliggör öppen tillgång har många svårförståeliga avtal som i olika grad skriver över artikelförfattarens rättigheter till tidskriften. Bristen på juridisk och legal klarhet sätter artikelförfattaren i en knepig sits, där den i många fall måste välja mellan finansiär eller vetenskaplig tidskrift på grund av motstridiga krav.

ERA:s politiska agenda lyfter fram vikten av att forskare medvetandegörs om sina rättigheter, och hur man kan värna dessa i mötet med publiceringsavtal.¹² Flera studier och översikter har lyft fram hur snårigt det är att navigera mellan akademiska tidskrifters publiceringsavtal, och hur svårt det är även för jurister att förstå de närmare detaljerna av avtalen.¹³ Samtidigt är det uppenbart att medvetandegörande inte räcker, utan det behöver komma till lagstiftningsåtgärder för att förverkliga nationella mål om öppen tillgång till vetenskap och underlätta för forskare att publicera sin forskning öppet.

Den viktigaste sådana lagändringen, som lyfts fram i rådsslutsatserna från det svenska EU-ordförandeskapet,¹⁴ är sekundära publiceringsrättigheter (SPR).

12 Se bl.a. s. 5 i ERA Policy Agenda 2022–2024: https://research-and-innovation.ec.europa.eu/system/files/2021-11/ec_rtd_era-policy-agenda-2021.pdf samt 18 punkten i rådsslutsatserna 18 december 2023: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202301640

13 Se bl.a. KR21:s artikel om så kallade ”License to Publish-avtal”: <https://www.knowledgerights21.org/news-story/removing-the-con-from-contract-law-licence-to-publish-agreements/>

14 ”Högkvalitativ, transparent, öppen, tillförlitlig och rättvis akademisk publicering” – Rådets slutsatser 23/5 2023. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9616-2023-INIT/en/pdf>

SPR säkerställer att författare till akademiskt material har rätt att publicera sitt material öppet, i en icke-kommersiell vetenskaplig databas, även om den också publicerar materialet stängt i en kommersiell tidskrift. Det öppnar alltså upp för *parallellpublicering*, där en viss version av forskningsresultatet kan publiceras parallellt med den version som trycks i tidskriften.

SPR har införts i snart ett tiotal EU-länder. Det finns olika sätt att konstruera bestämmelserna på. Det går att göra som en upphovsrättslig inskränkning, vilket bland annat Christina Angelopoulos pekar på i en EU-studie.¹⁵ De flesta länder har dock valt att snarare genomföra SPR som en inskränkning i avtalsfriheten. En ytterligare möjlighet skulle kunna vara att lagstifta om SPR som en del av rätten till första publicering i URL 8 §.¹⁶

Hur det än görs skulle SPR, i synnerhet om det kompletterades med en skyldighet att publicera i öppna filrepositorier, ha stora värden i samhället och för nyttiggörande av forskning. Det skulle öka mängden tillförlitlig, kvalitativ och fri kunskap i samhället, och göra det lättare att tillgå och dela information även för de med begränsade resurser – i Sverige och globalt. För Wikimedia-rörelsen skulle det innebära en mycket viktig tillgång till källmaterial, där volontärer på exempelvis Wikipedia skulle kunna bidra till högskolornas och universitetens tredje uppgift, om att föra ut forskningen i samhället, och snabbare uppdatera Wikipedia med högkvalitativa källor. Det blir såklart särskilt viktigt i kontroversiella ämnen, vid kriser och katastrofer, eller inom nischade områden där det i övrigt finns få andra kvalitativa, tillgängliga källor.

15 European Commission, Directorate-General for Research and Innovation, Angelopoulos, C., “Study on EU copyright and related rights and access to and reuse of scientific publications, including open access – Exceptions and limitations, rights retention strategies and the secondary publication right”, Publications Office of the European Union, 2022, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/891665>

16 Se följande för en genomgång av SPR i olika länder: European Commission, Directorate-General for Research and Innovation, “Improving access to and reuse of research results, publications and data for scientific purposes – Study to evaluate the effects of the EU copyright framework on research and the effects of potential interventions and to identify and present relevant provisions for research in EU data and digital legislation, with a focus on rights and obligations”, Publications Office of the European Union, 2024, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/633395>

Slutsats

På svensk och europeisk nivå är forskning, öppen vetenskap och öppen tillgång till vetenskap högt prioriterade områden, i politiska strategier, propositioner och forskningsbudgetar. Allt fler forskningsfinansiärer kräver också öppen publicering, i regel med CC BY-licens. Genomgången ovan visar dock hur svensk och europeisk lagstiftning i många fall aktivt motverkar den öppenhet som är politikens ambition. Det gäller forskarnas möjligheter att använda skyddade verk i sin forskning, att få tillgång till verken på distans, och möjligheten att kringgå tekniska skyddsåtgärder för att kunna beforska material. När material är svårtillgängligt innebär det en risk dels för att forskningsresultaten blir sämre, dels att forskare väljer forskning utifrån vilket material de kan tillgå snarare än vilket material som vore av samhällelig och akademisk relevans. Detta är ett stort problem som bör prioriteras högt på politisk nivå, exempelvis genom en lagstiftad rätt för forskare att få tillgång till material för sin forskning.

Dessutom finns det stora utmaningar för forskare att dela det material de själva är upphovspersoner till öppet. Snåriga juridiska publiceringsavtal och en svag förhandlingssits med meriterande, prestigefyllda tidskrifter gör att forskare, omedvetet eller på grund av den svåra situationen, stänger in forskning trots politikens och finansiärernas krav. För att förstärka forskarnas ställning, och ge lagstadgade rättigheter att publicera forskning öppet, bör sekundära publiceringsrättigheter (SPR) införas i svensk rätt, såsom redan snart ett tiotal andra

EU-länder har gjort. I några av länderna har det parallellt också införts en publiceringsskyldighet – i linje med att offentligt finansierad forskning också ska vara offentligt tillgänglig.

Öppen tillgång till vetenskap är fundamental för att främja kunskaps spridning i samhället. Det är ett effektivt redskap mot desinformation, och en viktig del i att uppfylla lärosätenas tredje uppgift.¹⁷ Utvecklingen på policynivå går snabbt för att främja öppen spridning av vetenskap, en utveckling som stöds på global nivå (av exempelvis Unesco), på europeisk nivå (vilket syns exempelvis i rådsslutsatserna om öppen vetenskap från 2023) och på svensk nivå, genom de nationella riktlinjerna om öppen vetenskap och regeringens forskningspolitiska proposition. Samtidigt har inte utvecklingen gått lika långt på juridisk nivå. Den här rapporten har pekat på ett antal nödvändiga lagändringar, för att främja öppen forskning från ax till limpa.

När forskare har goda möjligheter att få tillgång till material, beforska material, dela forskningsmaterial med sina kollegor, dela material i forskningsresultaten, och sen sprida forskningsresultaten öppet, då har också samhället goda möjligheter att få tillgång till kvalitativ forskning, och med hjälp av SPR och andra lagstiftningsåtgärder för öppen tillgång bidra till en spridning av fri kunskap i samhället. Exempelvis via fria kunskapsprojekt som Wikipedia.

17 https://sv.wikipedia.org/wiki/Tredje_uppgiften

TDM & AI

Rapport tre

Inledning

Akademien genomgår just nu en snabb digital utveckling. Nya tekniker öppnar upp för nya sätt att bedriva forskning på, samtidigt som digitala hjälpmedel gör det lättare för forskare att verka på distans och gränsöverskridande.

Genom DSM-direktivet implementerades två nya bestämmelser för text- och datautvinning (text and data mining, TDM), en av de mest uppmärksammade av de nya digitala forskningsteknikerna. Kort sammanfattat innebär TDM att datorbaserade metoder används för att bedriva forskning på mycket stora mängder verk, bland annat genom att analysera trender, mönster och korrelationer. Resultaten av TDM kan ha en väldigt stor bredd av användningsområden. I debatten ges generativ AI mycket fokus, men TDM och AI-utveckling har stor betydelse för vetenskap, forskning och konkurrenskraft, och inom så olika områden som hälsa och sjukvård, jordbruk och miljö.¹ För Wikimediarelsen har bestämmelserna stor påverkan. Plattformarna, i synnerhet Wikipedia, är en viktig källa till material för TDM, bland annat när det kommer till stora språkmodeller (large language models, LLM).² Dessutom får materialet från Wikimediaplattformarna stor påverkan när de återanvänds i andra tjänster som nyttjar AI för urval och presentation, såsom sökmotorer.

Samtidigt har det snabbt blivit tydligt att upphovsrätten inte har hängtt med i den tekniska utvecklingen. Många gråzoner

har uppstått, där det är svårt för att inte säga omöjligt för forskare att veta vad som egentligen gäller, och hur de kan använda sig av dessa nya tekniker. AI-förordningen, som röstades igenom under våren 2024, berör inga av dessa frågor, så under överskådlig framtid kommer det behöva vara upp till den nationella lagstiftaren att reda ut oklarheterna.

De nya bestämmelserna gäller bara exemplarframställan, rätten att kopiera verk för TDM. De säger ingenting om möjligheten att tillgängliggöra kopiorna för några ändamål. Dessutom tar forskningsbestämmelsen fasta på institutionerna och organisationerna snarare än forskarna, vilket gör relationen mellan forskare och institution oklar vid användning av verk. Det kan exempelvis innebära att forskare måste sitta fysiskt hos institutionen som har materialet och alltså inte har några möjligheter att få tillgång till det på distans, att forskaren inte får dela materialet med forskarkollegor eller för verifikation, vare sig i Sverige eller utomlands, att det därmed också blir svårt för medborgarforskning och inblandning av allmänheten i forskningsprocessen, och att det upphovsrättsligt är oklart i vilken mån kopiorna får lagras – trots arkivlagens krav på lagring.

Den här rapporten försöker gå igenom steg för steg vem som är den relevanta aktören och hur denne hindras utifrån de nya bestämmelserna.

-
- 1 Se bland annat KR21:s principer om AI för mer bakgrund. <https://www.knowledgerights21.org/wp-content/uploads/KR21-Principles-on-AI-Science-and-Research.pdf>
 - 2 För mer information, se exempelvis https://en.wikipedia.org/wiki/Large_language_model

TDM-processen

Många AI-modeller, såsom av LLM-typ, analyserar och genererar text baserat på mönster de har identifierat i, och lärt sig av från, mycket stora mängder data. Denna AI-träning inleds i regel med att dessa datamängder samlas in, data som kan bestå av webbsidor, vetenskapliga eller journalistiska artiklar, böcker, bilder och annan skriftlig eller visuell information som finns tillgänglig på internet. Bland annat är Wikipediaartiklar en vanlig grund för TDM-inmatning.

Denna data rensas, sorteras och annoteras därefter, en städprocess som kan ske manuellt eller automatiskt. Efter att datan har städats matas modellen som ska utvecklas med den. Med hjälp av algoritmer identifierar modellen ex. mönster, trender, relationer, korrelationer och strukturer i datan. Utifrån dessa mönster justerar och förbättrar modellen längs hela processen sina egna parametrar, och därmed blir det möjligt för modellen att börja förutsäga ord eller svara på frågor utifrån datan som den har matats med. Ju mer data modellen har matats med, desto mer precisa blir svaren som modellen kan ge.

Datainsamlingen kan ske genom att en *web crawler* samlar in material från olika webbplatser, text och information som lagras och används för att träna modellerna. Mer nischade modeller, som för forskningsändamål eller specifika tillämpningsområden, kan utgå från särskilda korpus, framtagna för det specifika syftet – exempelvis digitaliserade böcker från ett bibliotek. Anledningen till att man i regel också vill träna sina modeller på upphovsrättsligt skyddat material som böcker eller artiklar är för att de innehåller nödvändiga

beskrivningar av ex. känslor, språknyanser och samband som modellen inte själv kan uppfatta. Avancerad data behövs för avancerad AI.

TDM och upphovsrätt

AI-träning innebär två upphovsrättsliga risker: det kan leda till en otillåten överföring till allmänheten och en otillåten exemplarframställan (dvs. olagliga kopior), två förfoganden som typiskt är förbehållna upphovspersonen. Den första risken, såsom att en AI-modell levererar upphovsrättsskyddat material som resultat, är relativt lätt för modeller att åtgärda. Man kan begränsa svaren som AI-modeller lämnar med detta i fokus, ungefär på samma sätt som modeller stoppar olämpligt språkbruk eller uppmaningar till våld. Att undvika exemplarframställan är svårare, eftersom materialet kopieras vid flera tillfällen under träningsprocessen. Man behöver exempelvis kopiera datan (såsom text och bild) när den samlas in, när den städas och annoteras, och när den kalibreras. Långtgående begränsningar av möjligheterna till exemplarframställan för TDM riskerar att öka bias och därmed minska resultatens tillförlitlighet. Fokus bör därför ligga på *output* snarare än *input*.

Infosocdirektivet har en obligatorisk inskränkingsbestämmelse (art. 5.1) för framställning av tillfälliga exemplar, 11 a § URL i svensk lag. Inskränkningen är nödvändig för att det ex. ska gå att titta eller lyssna på ett verk online, eftersom den tillåter de tillfälliga exemplar som uppstår i olika internetserverar för att möjliggöra detta. Inskränkningen är dock inte begränsad till detta, utan

tillåter alla tillfälliga kopior där ”framställningen utgör en integrerad och väsentlig del i en teknisk process och om exemplaren är flyktiga eller har underordnad betydelse i processen.” I Infopac-målet klargörs att tillfälliga exemplar som uppstår i samband med insamling och behandling av data är tillåtna. Domen antyder att vissa former av insamling och behandling av data som sker vid utveckling av AI-modeller är tillåtna. Detta har dock inte prövats i svensk rätt.³

Sedan 1 januari 2023 finns det dock två nya bestämmelser för TDM i den svenska upphovsrättslagen, URL 15 a och b §§, som ger en laglig grund för exemplarframställan för TDM-ändamål. Även om 11 a § eventuellt ger tillstånd till vissa delar av AI-utvecklingen, i synnerhet i relation till det faktum att fakta och idéer inte omfattas av upphovsrätt, bidrar de nya bestämmelserna till ökad klarhet, även om risker och begränsningar kvarstår.

Den första bestämmelsen innehåller en generell inskränkning, som ger alla rätt att kopiera verk för TDM-ändamål. Detta begränsas dock av att upphovspersoner och rättsinnehavare kan meddela förbehåll mot denna användning. Det finns alltså möjlighet till att *opta ut*, så att användare inte med stöd i bestämmelsen kan använda sig av upphovspersonernas verk. På användargenererade plattformar, exempelvis Wikipedia, eller andra plattformar som använder öppna licenser, blir möjligheten till detta förbehåll dock svårt att genomföra, eftersom varje upphovsperson behåller rätten till sitt eget verk.

Den andra bestämmelsen innehåller inga sådana möjligheter till förbehåll, den kan inte heller åsidosättas genom avtalsvillkor, och man har rätt att kringgå tekniska skyddsåtgärder för att tillgå materialet (även om man måste hävda rätten i domstol). På så vis är bestämmelsen mer långtgående än den första. Det är dock bara forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner som har rätt att kopiera verk utifrån den. Den svenska implementeringen öppnar upp för vissa fall av offentlig-privat samverkan och att företag kan samarbeta med lärosäten för AI-forskning. Företagen får dock bara utgöra en mindre del av projektet, och får inget företräde till resultatet, vilket sannolikt gör möjligheten ointressant för många företag.

En omdebatterad fråga är relationen mellan TDM och AI. DSM-direktivet är här tydligt med att TDM omfattar alla tekniker, med en icke uttömmande lista över exempel. På en direkt fråga från Europaparlamentet har EU-kommissionär Thierry Breton svarat att TDM är en metod för att träna AI, och att TDM är de viktigaste upphovsrättsliga bestämmelserna inom EU för att utveckla AI. Detta görs än tydligare genom att AI-förordningen direkt refererar till DSM-direktivets TDM-bestämmelser. Det är således uppenbart att AI, även generativ AI, kan tränas med stöd i TDM-bestämmelserna, med de begränsningar som beskrivs ovan.

Den följande diskussionen kommer främst att gälla TDM-inskränkningen för forskningsändamål, då möjligheterna till förbehåll, och i synnerhet de kollektiva förvaltningsorganisationernas generella förbehåll, riskerar att göra 15 a §

3 Se <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CO0302&from=SV>

verkningslös. Om alla upphovspersoner uttrycker förbehåll mot användning kommer AI bli sämre och sprida mer medvetet eller omedvetet felaktig information, information med bias, eller dåliga svar på frågor. Kommersiella AI-utvecklare får då förlita sig på den mer riskabla bestämmelsen i 11 a §, i väntan på svensk och europeisk rättspraxis. I den mån är nationella och internationella organisationer som publicerar med öppen tillgång och under öppna licenser väsentliga för att främja en positiv AI-utveckling och motverka bias och desinformation. Det gäller både offentliga och ideella aktörer.

Vem får göra en kopia?

URL 15 b § ger forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner rätt att kopiera verk som de har lovlig tillgång till, för TDM. Lovlig tillgång innebär verk man har laglig tillgång till – via en inskränkning eller annan lagbestämmelse – eller som man har förvärvat tillstånd till, ex. via en licens. Skäl 14 i DSM-direktivet klargör att laglig tillgång innefattar material som finns lagligt tillgängligt på internet (såsom via *web crawling* som diskuteras ovan, inte sällan från Wikipedia). Däremot konstaterar regeringen i sin proposition att ”inskränkningen skapar emellertid inte i sig någon laglig tillgång, utan förutsätter att sådan tillgång redan finns, till exempel till följd av avtal.”⁴ Det innebär att man måste ha laglig tillgång genom annan inskränkning (såsom inskränkningen för kulturarvsinstitutioner att digitalisera material för forskningsändamål i 16 § URL) eller genom tillstånd.

Bestämmelsen tar fasta på institutionerna och organisationerna snarare än forskarna. Det är alltså inte en inskränkning för forskare, utan för institutioner och organisationer såsom universitet, högskolor, bibliotek och museer. I promemorian [Ds 2021:30](#) konstaterar man att inskränkningen i regel torde vara avsedd att ”omfatta anställda och uppdragstagare som handlar för institutionens eller organisationens räkning eller inom ramarna för deras verksamhet”.⁵ Det uttrycker alltså ett långtgående, nära krav på en koppling till organisationen eller verksamheten.

Promemorian konstaterar också att personer som är knutna till forskningsorganisationerna och kulturarvsinstitutionerna borde omfattas av inskränkningen, om de exempelvis omfattas av sådana prenumerationer som organisationen eller institutionen har tecknat. Man konstaterar dock att det är svårt att dra några säkra slutsatser om personer med lösare anknytning, eller personer som ”i någon mån agerar för egen räkning” (utan närmare precisering), även om de är knutna till institutionen eller organisationen. Det ger återigen ett uttryck för ett krav på en nära koppling till institutionen eller organisationen, vilket kan motverka många med kortare kontrakt, lösare anställningsformer eller mindre forskningsprojekt. Det är alltså inte forskaren och dennes forskning som står i fokus. Begränsningarna gör det också tydligt att TDM med stöd i den här bestämmelse inte är tillgängligt för journalistik, civilsamhälle eller andra aktörer som är viktiga för demokratin, med mindre än att det sker på initiativ och huvudsaklig finansiering av offentliga aktörer.

4 Se DS 2021:22:278, s. 46. <https://www.regeringen.se/contentassets/f44969a0911147e1bc4a7ca63e1577f0/upphovsratten-pa-den-digitala-inre-marknaden-prop.-202122278.pdf>

5 Ds 2021:30, s. 61.

Vem får tillgång till kopian?

Det enda förfogande inskränkningen öppnar upp för är att kopiera för TDM-träning. Det innebär att bestämmelsen inte säger något om vad man får, eller inte får, göra med de kopior man har framställt. Sverige har inte, till skillnad från många andra länder, någon bred inskränkning för användning i vetenskaplig forskning (utifrån 5.3.a i infosoc). Det innebär att det inte finns någon annan inskränkning i den svenska upphovsrätten heller som öppnar upp kommunikation av forskning som en del av forskningsprocessen, exempelvis till andra forskare.

I många fall torde en forskargrupp inte utgöra en allmänhet. Om en forskargrupp på några personer, verksamma på samma universitet (samma universitet som framställer exemplaren), vill ägna sig åt TDM, *borde* det vara oproblematiskt att dela kopiorna inom denna lilla grupp (även om det inte är säkerställt, vilket bara det är en osäkerhetsfaktor). Många forskningsprojekt ser dock inte ut så. I EU:s forskningsstrategier premieras stora, gränsöverskridande forskningsprojekt. Svenska och europeiska finansörer vill främja tvärvetenskapliga forskningsprojekt. Dessutom kräver TDM kompetenser som inte bara begränsas till forskarna. De flesta TDM-projekt behöver utvecklare, som ej nödvändigtvis är disputerade forskare, och jobbar man med specifika verktyper behöver man kanske plocka in experter på de verktyperna, från kommersiella företag, akademi, kulturinstitutioner eller civilsamhälle.

Begränsningen motverkar också medborgarforskning, exempelvis för att vara med och annotera datamängder. Detta trots att exempelvis de nationella riktlinjerna för öppen vetenskap är tydliga med det stora värdet av "allmänhetens

delaktighet i forskningsprocessen". Manuell annotering är tidskrävande och kräver specifika kompetenser. Det vore ett stort värde om medborgare kunde vara med och bidra till sådan städning och på så vis mer kvalitativ AI-forskning. Wikimediarelsen har många volontärer som är experter på att kategorisera och strukturera kunskap; huruvida de kan beredas möjlighet att även bidra med sin expertis till AI-utveckling när skyddat material ingår i träningen är höljt i dunkel. Sammanfattningsvis behövs för större TDM-projekt många kompetenser, ofta vid olika lärosäten, ibland även utanför universitetssektorn, och inte sällan i flera EU-länder (i synnerhet om man behöver förstå lagen i olika EU-länder).

Var den närmare gränsen för vad som utgör allmänhet går är inte fastställt, men det är inte alls omöjligt att forskargruppen i en del forskningsprojekt, i synnerhet om de pågår i många år och forskare kommer och går i projektet, skulle kunna klassificeras som en allmänhet. I så fall skulle det inte finnas någon laglig grund att dela kopiorna inom forskargruppen. Än mer så om externa experter och medborgare ingår i forskningsprojektet.

I sammanhanget är det också viktigt att påpeka att TDM inte bara är en knapp att trycka på. Vid TDM-projekt går stora mängder tid åt att bearbeta verken. Först ska verk sammanställas till ett korpus, som sedan på något sätt ska berikas, annoteras eller brytas ned, beroende på verktyper och fokus för forskningen. Är det exempelvis textsträngar som ska analyseras behöver materialet bearbetas så att man har kvar det material som är användbart. Någonstans i den här processen slutar med stor sannolikhet många av kopiorna att vara verk – och därmed skyddade upphovsrättsligt.

Vid samma tidpunkt, om inte tidigare, slutar med säkerhet användningen inkräkta på upphovspersonens ekonomiska rättigheter. Det är dock långt ifrån tydligt var dessa gränser går. Med statistiska analysmetoder kan man i hög grad återskapa textsträngar och ordförekomster till de ursprungliga verken. Är då textsträngarna och ordförekomsterna fortfarande skyddade? I så fall skulle det, utan en bättre legal grund för att kunna tillgängliggöra materialet inom forskargrupperna, vara i stort sett omöjligt att arbeta med forskningsdatan inom forskningsprojekt.

Vad får du göra med kopian?

Promemorian konstaterar att bestämmelsen tillåter digitalisering av verk för att kunna genomföra TDM samt den kopiering som krävs för att strukturera materialet och göra det sökbar. Den tillåter alltså inte bara den specifika TDM-träningen (som ev. annars också täcks av 11 a § URL). Däremot innebär ”forskningsändamål” att ex. inhämtning av information, tidiga experiment eller undersökningar inför ett potentiellt framtida forskningsprojekt utesluts. Det finns helt enkelt ingen laglig grund i bestämmelsen för att undersöka möjligheterna till framtida forskning. I regeringens proposition framförs också att ”någon möjlighet att [...] bortse från kravet på att forskningen ska vara vetenskaplig finns inte.”⁶ Advokaten Tobias Kempas drar av det slutsatsen att allmänt sökande efter information, prediktiva marknadsanalyser (kommersiell forskning), ”verksamhet som inte rimligen kan resultera i mer än vad som redan

följer av beprövad erfarenhet” och tillämpning av tidigare forskningsresultat sannolikt inte omfattas.⁷

På samma sätt som det i den svenska TDM-bestämmelsen för forskning inte finns någon tydlig laglig grund för att dela materialet med andra forskare finns det inte heller någon laglig grund för att dela det med den som ska verifiera dem, vare sig det är för *peer review* eller för att en senare forskare – eller för all del journalister eller en bredare allmänhet – ska kunna granska resultaten. Det är ett stort problem för hela den vetenskapliga processen, och riskerar att undergräva centrala forskningsprinciper, liksom målen om transparent forskning i de nationella riktlinjerna. För att kunna verifiera forskning måste man också kunna granska den underliggande datan. Finns det ingen rättslig grund för att dela data i verifieringssyfte kan man heller inte följa gängse vetenskapliga processer, vilket i så fall innebär att lagstiftningen motverkar den akademiska processen och friheten.

Eftersom materialet, enligt många tolkningar, inte heller får lämna institutionen, är det också oklart i vilken mån man kan få distanstillgång till materialet. SOU 2024:4 konstaterar att en institution *kanske* bara får framställa exemplar för sin egen institutions skull, och att forskare i flera fall har varit tvungna att digitalisera material själva och sedan förstöra det, trots att det redan finns digitaliserat vid andra institutioner. Den legala otydligheten utgör ett stort hinder för möjligheten till effektiv forskning. Som diskuteras i föregående del av den här rapporten är

6 Se DS 2021:22:278, s. 45. <https://www.regeringen.se/contentassets/f44969a0911147e1bc4a7ca63e1577f0/upphovsratten-pa-den-digitala-inre-marknaden-prop.-202122278.pdf>

7 Se presentation från Upphovsrättsföreningen: https://upphovsrattsforeningen.se/files/getfile/Maskin-inl%C3%A4rning%20och%20upphovsr%C3%A4tt%20-%20en%20introduktion_Tobias_Kempas.pdf

det ett stort problem att det inte går att få distanstillgång till forskningsmaterial, något som kräver att forskningsinfrastrukturer byggs upp på varje lärosäte, vilket i sin tur är dyrt, resursineffektivt och omiljövänligt. Distanstillgång till material är av mycket stor betydelse för kvalitativ TDM-forskning, eftersom det i de flesta fall kräver stora mängder kvalitativt material. På samma sätt hindrar många avtal och licenser forskare från att tillgå databaser inom andra lärosäten, ett slöseri på resurser och ytterligare ett hinder för forskare, som motverkar effektiv och kvalitativ forskning.

Var får kopian hamna och hur länge får kopian sparas

DSM-direktivet är tydligt med att kopior ska få sparas så länge det behövs, bland annat för verifikationsssyfte. Så är det dock inte formulerat i den svenska lagen. Medan verk enligt DSM art. 4.2 får ”behållas så länge det är nödvändigt” för TDM-ändamål har man vid den svenska implementeringen av art. 3 och 4 (15 a och b §§ URL) vänt formuleringen till en negativ sats: exemplaren ”får inte behållas längre” än vad TDM-ändamålen kräver (och inte för andra ändamål). Denna formulering gäller även för den nya inskränkningen 15 d § som föreslås i SOU 2024:4. Skillnaden verkar oförenlig med EU-rätten: DSM-direktivets formulering antyder att det inte finns något nödvändigt slutdatum för hur länge man får behålla materialet, utan att materialet kan behållas så länge det är nödvändigt. Den svenska formuleringen antyder tvärtom att det finns ett slutdatum då materialet måste förstöras, vilket sätter en större press på användare att förstöra material. För verifikation, granskning av de vetenskapliga resultaten och reproducerbarhet är det dock helt centralt att material får behållas så länge det behövs, vilket kan vara mycket länge.

Den svenska negativa formuleringen tycks också vara oförenlig med arkivlagens presumtion att allmänna handlingar (inklusive forskningshandlingar) ska bevaras, liksom med Riksarkivets föreskrifter om handlingar i statliga myndigheters forskningsverksamhet (RA-FS 1999:1). I den senare föreskrivs att handlingar som bedöms ha ett framtida värde för forskningen ska bevaras – och att myndigheten själv ska besluta om tillämpningen (8 §). Den negativa formuleringen i 15 d § förutsätter att data ska raderas. Om TDM-ändamålet här kan tolkas som forskningen, innefattas hela forskningsprocessen och därefter lagring under minst 10 eller 17 år eller bevarande för all överskådlig framtid.

Vad innebär det att ingå i en forskargrupp

I den nya föreslagna 15 d § öppnar man upp för att skyddade verk kan delas inom ett ”vetenskapligt forskningsprojekt”, och alla som *ingår* i projektet. Det är en förbättring jämfört med dagsläget, som öppnar upp för forskningssamarbeten och löser den juridiska gråzon som bristen på definition av överföring till allmänheten innebär. Samtidigt är det oklart vad ett ”vetenskapligt forskningsprojekt” innebär. Enligt SOU 2024:4 ska det vara ”tydligt definierat” i kontrast till ”löst sammansatta” forskningsprojekt, men ges annars ingen närmare precisering. Det är också oklart vad det innebär att *ingå* i en forskargrupp.

Enligt författningskommentaren ska ett vetenskapligt forskningsprojekt vara ”tydligt definierat” i kontrast till ”löst sammansatta” forskningsprojekt, men i vilken utsträckning måste någon ”ingå” i projektet för att det ska vara tydligt definierat? För att en forskare ska kunna dela material från en kulturarvsinsituation inom ett forskningsprojekt måste

den ingå i projektet. Samtidigt bedriver många kulturarvsinstitutioner ingen egen forskning, men har material av betydelse för forskning. I vilken utsträckning måste ex. ett kommunalt eller hembygdsmuseum ingå i forskningsprojektet för att forskare ska kunna använda deras material enligt inskränkningen? Räcker det att KB, som nationell forskningsinfrastruktur, digitiserar och tillgängliggör material för projektet, för att de ska räknas som ”ingående” i projektet, eller måste de aktivt delta i forskningen? Eller räcker det att det framgår av en forskningsplan eller ansökan att materialet som ska användas finns inom en viss institution?

Annars riskerar det att leda till samma problem som frågan om vem som får tillgång till kopian. De strikta begränsningarna av 15 b § gör att många projekt med offentlig-privat samverkan motverkas, och att nyttiggörande genom kommersialisering – ett prioriterat mål av regeringen – omöjliggörs. För många företag är det helt enkelt inte intressant att ingå i ett forskningsprojekt om man inte kan vara en stor del av projektet, eller få företräde till forskningsresultaten. Ett annat stort problem är att begränsningarna riskerar att göra medborgarforskning omöjlig. Det vore mycket problematiskt om inte medborgare med expertkunskap exempelvis kunde delta i sådan annotering som är en förutsättning för framgångsrik TDM-forskning, både för forskningens förankring i samhället och för forskarnas möjlighet till effektiv forskning.

Det finns två TDM-bestämmelser i den svenska lagen, en för forskningsorganisationer och kulturarvsinstitutioner, och en för alla andra. Den andra bestämmelsen ses ibland som kommersiell, men den gäller inte bara kommersiella aktörer – den gäller alla aktörer som inte är forskningsorganisationer eller kulturarvsinstitutioner, alltså även civilsamhälle, journalister och offentliga aktörer. Vissa möjligheter finns enligt en föreslagen bestämmelse i SOU 2024:4, 16 f § URL, där kulturarvsinstitutioner får tillgängliggöra verk i sina samlingar för bland annat privata studier. Men det är återigen utifrån institutionens och inte användarens perspektiv. Även om det är bra med en tydlig och stark bestämmelse för TDM för forskningsändamål är det ett demokratiskt problem att exempelvis granskande journalister och ideella aktörer inte har starkare möjligheter till samma ändamål.

TDM, AI och det öppna internets framtid

En diskussion om AI och upphovsrätt är också en diskussion om framtidens internet, och vilken form internet kommer att ta framöver. Det finns många baksidor i den digitala sfären, men offentliga, privata och ideella aktörer har också tagit fram verktyg som har förändrat världen, med helt nya verktyg i samhällets tjänst. Varje dag används internet för att främja tillgången till kunskap, och det är ett oerhört viktigt verktyg för att identifiera nya forskningsmöjligheter, studera fenomen om hur samhället fungerar och för att främja internationellt samarbete. Inte minst genom olika mjukvaror för översättning.⁸

Det fria, öppna internet är viktigt, men dess framtid är beroende av att AI-modeller utvecklas på ett positivt sätt. Bra AI-modeller är beroende av ett stort och ständigt flöde av data, och att ny data ständigt tillkommer. Internets livskraft, och användargenererade plattformars överlevnad, är därför livsnödvändigt inte bara för plattformarna i sig själva utan för att AI-system ska kunna utvecklas på

ett bra sätt och leverera bra resultat. Bra AI-modeller förutsätter också ett internet som är öppet och jämlikt, med aktörer som verkar allmännyttigt och där en mångfald av röster kan göra sig hörda. Annars kommer AI-modeller bara kunna tala med en typ av röster, ge en typ av perspektiv. För en mångfald av perspektiv via AI behövs en mångfald perspektiv på internet.

I relation till detta bör utvecklingen av AI med öppen källkod uppmuntras, i synnerhet om AI-modellerna har tagits fram med offentlig finansiering. Öppen AI skulle bidra till ännu större samhällliga vinster, och forskningsfinansiärer bör kräva att mjukvara som finansieras via dem publiceras med öppna licenser. Det är också av stor vikt att mjukvara och algoritmer som används av myndigheter och offentliga aktörer publiceras med öppen källkod, för att berörda medborgare, liksom civilsamhälle och media, ska kunna granska och utvärdera myndigheters åtgärder.

⁸ Se även KR21 Principles on Artificial Intelligence, Science and Research, <https://www.knowledgerights21.org/wp-content/uploads/KR21-Principles-on-AI-Science-and-Research.pdf>, från Knowledge Rights 21, CC BY-SA 4.0.

Slutsats

Genomgången ovan visar återigen det stora värdet av en direktivnära bestämmelse som motsvarar artikel 5.3.a i infocodirektivet. En bred, nationell implementering av 5.3.a skulle förtydliga oklarheten vad laglig tillgång innebär. Det skulle utan tvivel möjliggöra kommunikation av material mellan forskare för TDM, och möjligtvis också öppna upp för medborgarforskning i stora TDM-projekt. Det skulle sannolikt också öppna upp för distanstillgång av material för forskare, vilket både innebär en större rättvisa för forskare över hela Sverige, men också att de nationella forskningsinfrastrukturer som sitter på stora mängder verk bidrar med infrastrukturen till landets lärosäten.

Om det inte finns möjlighet att dela material från forskningsinfrastrukturen (eller tillgå det på distans), lär lärosäten och forskargrupper istället bygga upp egna korpusar, eller ge upp vissa typer av forskningsområden för att tillgången till material är för dålig. Effekten av det förstnämnda blir att liknande korpusar byggs upp inom flera kulturarvsinstitutioner och forskningsorganisationer, vilket är kostnadsdrivande och ett slöseri

med resurser då digitalisering och lagring kostar mycket pengar. Det kan också tvinga forskare att affiliera sig med andra forskare/institutioner bara för att få tillgång till ett visst material, och inte utefter vad forskningsprojektet kräver. Dessutom riskerar dessa korpusar hålla olika kvalitet beroende på tillgången till material, vilket innebär ytterligare en geografisk ojämlikhet och dessutom sämre kvalitet på forskningsresultaten.

Wikipedia och de andra Wikimediaplattformarna är en av de viktigaste källorna till material för AI och TDM, och många verktyg och modeller som bygger på TDM och AI – såsom sökmotorer – sprider också materialet vidare genom att strukturera det för användaren. Det tycker vi i grunden är positivt. Samtidigt finns så starka begränsningar inbakade i TDM-bestämmelserna att problematiska effekter uppstår, och den kanske mest problematiska effekten är att det är svårt för Wikimediarelsen, och civilsamhället i övrigt, att vara med och bidra i forskningsprocessen. I viljan att tillmötesgå rättsinnehavare och deras företrädare har man bakat in begränsningar som i sig också begränsar demokratin.

Rekommendationer

- Om trestegsregeln återges i nationell rätt bör enbart det tredje steget återges, med en tydlig formulering att det som ska balanseras är upphovspersonens ensamrätt och allmänhetens grundlagsstadgade rättigheter, inte minst yttrandefrihet, tryckfrihet och akademisk frihet.
- Öppna normer ger en god grund för en utveckling med rättspraxis, där domstolar kan tolka breda bestämmelser utifrån den tekniska utvecklingen. Två bestämmelser som skulle kunna fungera som öppna normer i svensk rätt är citaträtten (22 § URL) och panoramafriheten (24 § 1 stycket), men det kräver en harmonisering med infosocdirektivet.
- Infosocdirektivets artikel 5.3.a bör återges ordagrant eller direktivnära i den svenska upphovsrättslagen, för att främja öppen vetenskap och öppen tillgång till vetenskap, och undanröja de upphovsrättsliga hinder som i dag finns för forskning i Sverige. Det skulle också ge en mycket bättre grund för så kallad TDM-forskning.
- AI-modeller som finansieras med offentliga medel bör publicera mjukvaran som öppen källkod. Mjukvara och algoritmer som används av myndigheter och offentliga aktörer bör också publiceras med öppen källkod.
- Sverige bör införa sekundära publiceringsrättigheter för att främja öppen tillgång till forskning, och regeringen bör ta initiativ till samråd för att främja spridning av verk som inte finns i handeln. Detta skulle sammantaget drastiskt öka tillgången till källmaterial och kunskap i samhället



WIKIMEDIA
S V E R I G E