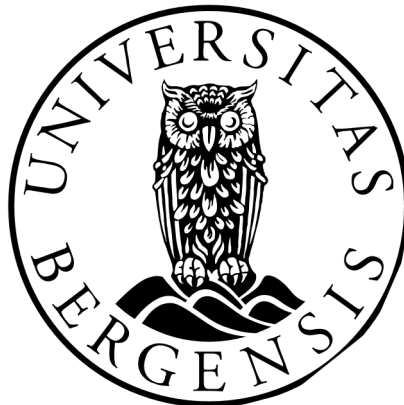


Lovregulert bruk av åndsverk til trening av kunstig intelligens

*Hvordan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens
rettigheter og hensynet til teknologisk innovasjon?*

Kandidatnummer: 67

Antall ord: 14980



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10.05.2024

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	5
1.1 Aktualitet, tema og problemstilling.....	5
1.2 Lovregulering av retten til bruk av åndsverk til AI-trening	6
1.3 Rettskildebilde og metode.....	6
1.3.1 Metodisk utfordring ved valg av et dagsaktuelt spørsmål.....	6
1.3.2 Norske rettskilder og metode.....	7
1.3.3 Internasjonale rettskilder og metode	8
1.3.4 Utenlandske (nasjonale) rettskilder og metode	12
1.4 Avgrensning av oppgaven	13
1.5 Veien videre	13
2 Opphavsrett og kunstig intelligens	15
2.1 Opphavsretten	15
2.1.1 Opphaverens enerett.....	15
2.1.2 Motstridende interesser i lys av opphavsrettens formål	16
2.1.3 Historisk utvikling som bakteppe for en rimelig balanse.....	17
2.1.4 En opphavsrettslig utvikling til fordel for samfunnet	19
2.2 Kunstig intelligens	19
2.2.1 Definisjon	19
2.2.2 Utvikling og trening av AI.....	20
3 Rett til midlertidig eksemplarfremstilling	22
3.1 Åndsverkloven § 4	22
3.2 Et unntak eller en avgrensning av eneretten.....	22
3.2.1 Det norske idealet om likestilte rettigheter.....	22
3.2.2 Enerettens grenser i lys av et nordisk rettsamarbeid.....	24
3.2.3 Åndsverkloven § 4 i konflikt med EU-retten?.....	25
3.3 Rett til midlertidig lagring etter åndsverkloven § 4	27

3.3.1	Kravene til tid og teknisk prosess ved midlertidig lagring av åndsverk.....	27
3.3.2	Krav til lovligheten av åndsverket som benyttes	28
3.3.3	Et sikkerhetsvilkår om økonomisk verdi.....	29
4	Trening av AI etter digitalmarkedsdirektivet	31
4.1	Digitalmarkedsdirektivet	31
4.2	Generelt unntak for tekst- og datautvinning.....	31
4.2.1	En rett til å trene AI på åndsverk som er gratis tilgjengelig på internett?.....	32
4.2.2	Et formålkrav om TDM	33
4.2.3	Opphaverens reservasjonsrett	34
4.2.3.1	Krav til maskinlesbarhet.....	35
4.2.3.2	En mulig effektivisering av opt-out klausulen	37
4.2.3.3	Opt-out klausul – en god regel?	37
5	Det første juridiske rammeverket for AI i Europa.....	40
5.1	AI-forordningen og ansvarssubjektet.....	40
5.2	Risikobasert regulering av AI-modeller	40
5.2.1	AI-grunnmodell	40
5.2.2	Krav til AI-grunnmodell med systemrisiko.....	41
5.2.3	Transparenskrav for AI-trening.....	42
5.2.4	Reservasjonsretten i lys av AI-forordningen.....	43
6	En europeisk fair use- regel?	45
6.1	Er bruk av åndsverk til trening av AI, fair use?	45
4.2.4	Kravet til brukens karakter og formål	45
4.2.5	Kravet til åndsverkets karakter.....	46
4.2.6	Krav til mengden åndsverk som brukes	47
4.2.7	Skjønnsmessig vurdering av kravet til økonomisk verdi.....	48
4.3	En fleksibel unntaksregel veien å gå?	48
7	Avsluttende refleksjoner	50

8	Kilderegister.....	52
8.1	Norske rettskilder	52
8.2	Internasjonale rettskilder	53
8.3	Utenlandske rettskilder	54
8.4	Litteratur	55

1 Innledning

1.1 Aktualitet, tema og problemstilling

Kunstig intelligens (KI) eller *artificial intelligence* (AI) på engelsk,¹ kan forklares som datasystemer som produserer materiale ved å etterligne menneskelig kreativitet og intelligens.² Den raske teknologiske utviklingen medfører en rekke juridiske spørsmål, der den første utfordringen oppstår allerede i utviklingsprosessen av AI-teknologien. En vellykket AI er avhengig av å bli trent på store mengder eksisterende informasjonsdata.³ Dersom AI-utvikleren ikke har rettighetene til å benytte dataen som inngår i treningen, vil dette kunne krenke opphavsrettighetene til eieren av åndsverket.

Den siste tiden har det blitt reist flere søksmål i forbindelse med bruk av åndsverk til trening av AI. Den amerikanske avisen New York Times (heretter NYT) har saksøkt selskapene OpenAI og Microsoft (heretter OpenAI) for å ha krenket deres opphavsrettigheter ved å benytte millioner av deres nyhetsartikler til å trene sine språkmodeller ChatGPT og Microsoft Copilot.⁴ I etterkant av dette har flere norske forfattere oppdaget at deres bøker er blitt brukt til AI-trening, dermed kan det være et tidsspørsmål før tilsvarende tvister må håndteres av norske domstoler.⁵ Derfor er det viktig å avklare det juridiske rettsgrunnlaget, og sikre at både opphavere og teknologiselskaper har klare rettsregler å forholde seg til.

Spørsmål om bruk av åndsverk til AI-trening er utfordrende å regulere, fordi teknologisk utvikling beveger seg raskere enn jussen. Dette gjør det vanskelig å beskytte opphaverens rettigheter og interesser til åndsverket, og samtidig ikke bremse AI-utviklingen. Målet bør være lovregler som sikrer forutberegnelighet og rettsikkerhet, men fleksible nok til å fremme teknologisk innovasjon.

Norsk opphavsrett er påvirket av kontinentaleuropeisk opphavsrett; og har i lys av dette utviklet spesifikke unntaks- og avgrensingsregler som fastsetter rekkevidden av opphaverens eksklusive rettigheter til åndsverket.⁶ En annerledes lovregulering finner vi i stater formet av

¹ For å sikre en jevn flyt i oppgaven med hensyn til internasjonale engelskspråklige kilder, vil det engelske akronymet «AI» anvendes gjennom avhandlingen.

² Nyberg (2024).

³ Se delkapittel 2.2.2.

⁴ Roth (2023).

⁵ Tjønn (2023).

⁶ Rognstad (2019) s. 279.

angloamerikansk opphavsrett. I USA benyttes en fleksibel og skjønnsmessig *fair use*-rettsregel for å avgjøre opphavsrettens grenser.⁷

Spørsmålet som denne avhandlingen skal forsøke å besvare, er hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens rettigheter og hensynet til teknologisk innovasjon, når bruk av åndsverk til trening av AI vurderes etter de spesifikke unntaks- og avgrensingsreglene i opphavsretten. I oppgaven vil jeg drøfte og analysere utfordringer som oppstår i lys av denne problemstillingen.

1.2 Lovregulering av retten til bruk av åndsverk til AI-trening

Bruk av åndsverk til AI-trening er problematisk fordi åndsverk i utgangspunktet omfattes av opphaverens enerett.⁸ AI-utviklere trenger en hjemmel som unntar eller avgrenser denne eneretten for rettmessig å benytte åndsverk til trening av AI. Utfordringen er at det mangler lovregler som direkte regulerer bruken av åndsverk til AI-trening i Norge. Dermed oppstår spørsmålet om hvordan man skal tolke eksisterende lovregler. I norsk rett kompliseres dette spørsmålet ytterligere, ved at norsk opphavsrett må reguleres i samsvar med Norges internasjonale forpliktelser. Som jeg kommer tilbake til, vil EU-rettens regulering av spørsmålet være av stor betydning for norsk rett.

I amerikansk rett vil spørsmålet om bruk av åndsverk til trening av AI reguleres etter regelen om *fair use*.⁹ Denne regelen angir en fleksibel og skjønnsmessig vurdering av spørsmålet, der det er opp til domstolene å trekke grensen for balanseringen av opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.¹⁰ Ettersom USA er ledende innenfor AI-utvikling,¹¹ vil det drøftes om den amerikanske *fair use*-regelen er bedre egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon, se kapittel 6.

1.3 Rettskildebilde og metode

1.3.1 Metodisk utfordring ved valg av et dagsaktuelt spørsmål

I denne oppgaven skal jeg vurdere det komplekse spørsmålet om bruk av åndsverk til trening av AI. Utfordringen med å velge en dagsaktuell problemstilling, er at rettsspørsmålet mangler

⁷ Se delkapittel 2.1.4.

⁸ Se delkapittel 2.1.1.

⁹ *Fair Use* gir brukeren av åndsverket rett til å bruke åndsverket uten tillatelse av opphaveren, nærmere forklaring se kapittel 6.

¹⁰ Se delkapittel 6.1.

¹¹ Keary (2024).

regulering og avklaring i gjeldende rettskilder. For å analysere og drøfte utfordringene som oppstår ved bruk av åndsverk til AI-trening, må spørsmålet vurderes opp mot et fragmentert rettskildebilde. Flere av rettskildene som vil være sentrale for oppgaven har ikke bindende virkning for norsk rett og må tolkes i lys av dette. I det følgende vil jeg derfor foreta en redegjørelse av de sentrale rettskildene, samt andre rettskilder av mindre sentral betydning, men av en karakter som gjør det verdt å knytte noen bemerkninger til. Jeg vil også gjennomgå hvilke metodiske tilnærminger som vil benyttes ved anvendelsen av de ulike rettskildene.

1.3.2 Norske rettskilder og metode

De opphavsrettslige reglene reguleres i lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv. (åndsverkloven). Utgangspunktet for opphaverens rett til åndsverket fremgår av åndsverkloven § 3, som gir opphaveren eksklusiv råderett til eksemplarfremstilling og tilgjengeliggjøring av åndsverket. For bruk av åndsverk til AI-trening, innebærer dette at AI-utviklere ikke kan bruke åndsverk som er omfattet av eneretten til AI-trening uten hjemmel i lov eller avtale.

I denne avhandlingen vil det tas utgangspunkt i en rettsdogmatisk metode hvor hensikten er å avklare gjeldende rett om lovregulert bruk av åndsverk til trening av AI. Som følge av at det skal foretas en vurdering av hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon, vil det ikke tas utgangspunkt i en konkret tvist. Det vil i stedet foretas en grundig analyse av rettslige problemstillinger som oppstår i lys av den generelle tilnærmingen til spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening.¹²

Åndsverkloven har ikke en lovhjemmel som eksplisitt regulerer spørsmålet om bruk av åndsverk til trening av AI. Spørsmålet vil derfor forsøkes løst etter retten til visse midlertidige eksemplarer i åndsverkloven § 4. Siden denne lovbestemmelsen ikke 'passer som hånd i hanske' til spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening, vil det i lys av den rettsdogmatiske tilnærmingen reflekteres rundt forholdet mellom eneretten og retten til visse midlertidige eksemplarer. Disse refleksjonene vil utgjøre en kritisk komponent i avhandlingen, og bidrar til å belyse hvorvidt norsk opphavsrett er egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.¹³

Denne avhandlingen vil også ha et rettspolitisk perspektiv. Grensen mellom rettsdogmatikk og rettspolitikk trekkes ved retten som den er og retten som den burde være.¹⁴ Gjennom en

¹² Mæhle (2004) s. 329.

¹³ Mæhle (2004) s. 334.

¹⁴ Høgberg (2019) s. 348.

rettspolitisk tilnærming, vil det drøftes hvordan gjeldende rett bør utformes for å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.¹⁵

Spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening blir ikke behandlet i forarbeider eller rettspraksis. Fraværet av disse rettskildene medfører at reelle hensyn vil gi viktige tolkningsbidrag i oppgavens drøftelser. Det bærende hensynet for utvikling og trening av AI, er hensynet til teknologisk innovasjon. For at opphaverens rettigheter ikke skal undergraves ved spørsmål om bruk av åndsverk til AI-trening, vil hensynet til rettssikkerhet være viktig for å kunne ivareta en rimelig balanse mellom de motstridene interessene. For begge parter vil det være viktig at hensynet til forutberegnelighet forsøkes ivaretatt i tolkningen av de ulike lovbestemmelsene.

I vurderingen av hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon, er det nødvendig å klarlegge om retten til visse midlertidige eksemplarer er et unntak eller en avgrensning av eneretten, fordi dette vil påvirke hvordan bestemmelsen skal tolkes. For å klarlegge dette forholdet vil det foretas en rettshistorisk analyse av utviklingen av norsk opphavsrett, og i denne analysen vil eldre forarbeidsuttalelser og rettspraksis kunne gi viktige tolkningsbidrag.

1.3.3 Internasjonale rettskilder og metode

Et sentralt kjennetegn ved opphavsretten er dens grenseoverskridende karakter. Blant annet har den teknologiske utviklingen gjort det lett å benytte åndsverk på tvers av landegrensene. Derfor har norsk opphavsrett i dag et svært internasjonalt preg. For spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening, er det derfor helt nødvendig å trekke inn internasjonale rettskilder for å drøfte rettstilstanden i norsk rett.

På grunn av EU-rettens store påvirkning på norsk opphavsrett, vil jeg i det følgende redegjøre for Norges forpliktelser gjennom EØS-avtalen og hvordan EU-retten vil påvirke spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening i norsk rett. Gjennom EØS-avtalen påvirkes norsk opphavsrett i stor grad av EU-retten.¹⁶ Formålet med EØS-avtalen er å styrke det økonomiske forholdet mellom EU og EØS-landene, og gir tilgang til EUs indre marked.¹⁷ Flere av rettsaktene som

¹⁵ Løvlie (2019) s. 139.

¹⁶ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 386.

¹⁷ Mestad (2019) s. 96.

er sentrale for denne avhandlingen, er ikke gjennomført i norsk rett. For at et en rettsakt skal få virkning i norsk rett, må den først inntas i EØS-avtalen og deretter gjennomføres i norsk rett.¹⁸

For å undersøke hvordan EU-rettens regler påvirker retten til bruk av åndsverk til AI-trening, må regelverket analyseres. Dette gjøres gjennom EU-rettslig metode. Siden det i praksis er EU-domstolen som avgjør tolkningen av EU-retten, vil det i realiteten være EU-domstolens tolkningsmetode som benyttes.¹⁹

EU-rettens bestemmelser skal tolkes slik at de sikrer et autonomt og enhetlig rettssystem. Dette betyr at de skal tolkes likt uavhengig av språk, metode og rettskultur.²⁰ EU-retten har 24 offisielle språk, noe som medfører at det forekommer språklige forskjeller. Som følge av dette har ordlyden redusert betydning i EU-rettslig metode.²¹ Derfor er det viktig å foreta en formålsrettet og kontekstuell tolkning av bestemmelsen.²² For å forstå bestemmelsens formål vil fortalen være en viktig rettskilde.²³

For å sikre harmoni mellom og innad i EU/EØS-retten, vil homogenitetsprinsippet fungere som et bindeledd. Prinsippet innebærer at det skal foretas en ensartet fortolkning av EØS-avtalen og EU-retten.²⁴ Etersom EUs opphavsrettslige regulering består av flere rettsakter, vil homogenitetsprinsippet være viktig for å oppnå en ensartet tolkning innad i EU-retten. Jeg vil i det følgende presentere de tre sentrale rettsaktene for vurderingen av bruk av åndsverk til AI-trening.

Opphavsrettsdirektivet

Åndsverkloven § 4 gjennomfører artikkel 5 nr. 1 i direktiv 2001/29/EF (opphavsrettsdirektivet).²⁵ Formålet med innføringen av opphavsrettsdirektivet i 2001 var å skape klarhet rundt bruken av åndsverk i digital form.²⁶ I løpet av de siste 23 årene har det vært en stor teknologisk fremgang, og jeg vil derfor vurdere om opphavsrettsdirektivet og åndsverkloven § 4, er egnet til å regulere bruk av åndsverk til AI-trening. Siden opphavsrettsdirektivet er et minimumsdirektiv, kan norske lovgivere anvende et strengere vern

¹⁸ For nærmere forklaring av lovgivningsprosessen, se Fredriksen og Mathisen (2019) s. 398 flg.

¹⁹ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 392.

²⁰ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 403.

²¹ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 404.

²² Ibid.

²³ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 408.

²⁴ Fredriksen og Mathisen (2019) s. 388.

²⁵ EØS-avtalen vedlegg XVII artikkel 9 bokstav e, jf. EØS-avtalen § 1.

²⁶ Ot.prp.nr.46 (2004-2005) side 8; opphavsrettsdirektivet fortalen punkt 2.

for rettighetshaverne.²⁷ Derfor er ikke direktivets alder ensbetydende med at opphaverne ikke får beskyttet sine rettigheter, men direktivet kan gjøre det vanskelig å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.

Digitalmarkedsdirektivet

Direktiv (EU) 2019/790 (digitalmarkedsdirektivet) ble vedtatt i EU i 2019, og inneholder de mest omfattende endringene i EUs opphavsrettsregulering siden gjennomføringen av opphavsrettsdirektivet.²⁸ Formålet er å skape en mer harmonisert opphavsrett i det indre marked, ved å tilrettelegge for en klarering av rettigheter og et juridisk rammeverk, der utnyttelse av beskyttede åndsverk kan finne sted samtidig som rettighetshaveren beskyttes.²⁹ Til tross for at AI-problematikken eksisterte ved utarbeidelsen av dette direktivet, blir ikke AI adressert. Begrunnelsen er at EU-retten, i likhet med i opphavsrettsdirektivet, har valgt en teknologinøytral tilnærming til spørsmålet om bruk og utnyttelse av åndsverk.³⁰ Et sentralt spørsmål i denne oppgaven er om digitalmarkedsdirektivet medfører en klarlegging av rettssituasjonen ved bruk av åndsverk til AI-trening.

I Norge utgikk høringsfristen for digitalmarkedsdirektivet i midten av mars 2024.³¹ Hva som blir det endelige resultatet i norsk rett, er ikke klart. Ved vurderingen av direktivets betydning for spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening i norsk rett, vil det tas utgangspunkt i direktivteksten.

AI-forordningen

AI-forordningen³² er det første juridiske rammeverket som regulerer utvikling og bruk av AI i EU. Forordningen er fremdeles til behandling i EU-retten, hvor siste oppdatering i lovgivningsprosessen er en godkjenning i EU-parlamentet i mars 2024.³³ Det ventes at Rådet formelt vil godkjenne den endelige forordningen i løpet av våren 2024.³⁴ Ettersom det ikke er klart når dette vil skje, vil det av hensyn til ferdigstilling av denne avhandlingen tas utgangspunkt i ordlyden til det siste publiserte lovforslaget fra mars 2024.³⁵ Det bemerkes

²⁷ Opphavsrettsdirektivet artikkel 5.4.

²⁸ Kulturdepartementet (2023).

²⁹ Digitalmarkedsdirektivet fortalet punkt 2.

³⁰ Digitalmarkedsdirektivet fortalet punkt 3.

³¹ Kulturdepartementet (2023).

³² Siden AI-forordningen ikke er vedtatt, har den ikke fått en offisiell rettskode.

³³ EU-parlamentet (2024).

³⁴ EU-parlamentet (2024).

³⁵ EU-kommisjonens forslag til AI-forordningen saksnr: A9-0188/808.

derfor at når AI-forordningen omtales i denne oppgaven, så er det EU-parlamentets endringsforslag, saksnr. A9-01888/08 det vises til.

Siden den endelige lovteksten ikke er offentliggjort, vil fortalen til lovforslaget være av særlig relevans, fordi belyser formålet bak lovbestemmelsen. AI-forordningen er merket som EØS-relevant, noe som innebærer at den med tiden, sannsynligvis vil inntas i norsk lov.³⁶ Før den tid, er ikke forordningen bindende for norsk rett, men ettersom den regulerer utvikling og bruk av AI i det indre marked, vil norske AI-utviklere som tilbyr globale produkter måtte tilpasse seg denne forordningen før den trer i kraft i Norge. Dette gjelder også for norske opphavere som opplever at deres åndsverk utnyttes innad i EU. Derfor anses AI-forordningen å ha relevans i denne avhandlingen.

Når det gjelder lovregulering av bruk av åndsverk til AI-trening i norsk rett, er den opphavsrettslige beskyttelsen av åndsverk underlagt en rekke internasjonale konvensjoner som påvirker det nasjonale handlingsrommet. I det følgende vil jeg redegjøre for betydningen Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk, har for denne oppgaven.

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk

Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk ble undertegnet i 1886 og Norge tiltrådte den internasjonale konvensjonen i 1896.³⁷ Bernkonvensjonen inneholder minimumsrettigheter for vern av åndsverk som unionslandene er forpliktet til å følge, uavhengig av om de har tilsvarende nasjonal regulering av åndsverket.³⁸ Imidlertid ønsker de fleste unionslandene å ha tilsvarende regler i nasjonal rett, og har en samsvart nasjonal lovgivning med Bernkonvensjonens forpliktelser.³⁹ USA signerte konvensjonen i 1989,⁴⁰ derfor vil Bernkonvensjonen være et tolkningsbidrag i vurderingen av om EU og Norge kan benytte seg av *fair use* rettsinstituttet i sine rettssystemer.

³⁶ Kommunal-og distriktsdepartementet (2024).

³⁷ 09-09- 1886 nr.1 Bern-konvensjonen til beskyttelse av litterære og kunstneriske verk.

³⁸ NOU 2013: 2 s. 60.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ WIPO (1988).

1.3.4 Utenlandske (nasjonale) rettskilder og metode

Fair use-regelen er kodifisert i tittle 17 in United States Code § 107 (17 U.S.C § 107).⁴¹ Regelen innebærer at det skal foretas en konkret skjønnsmessig vurdering av spørsmålet om åndsverk til trening av AI, er *fair use*.⁴²

For å vurdere hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon ved lovregulering av bruk av åndsverk til AI-trening, vil det foretas en rettskomparativ analyse av hvordan spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening løses etter amerikansk rett. Denne vurderingen gjøres for å drøfte om en lovregel om *fair use* er bedre egnet til å løse spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening.

Det er ikke gitt at en rettsregel som er egnet til å skape en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon i amerikansk rett, vil fungere ved en tilsvarende anvendelse i EU/EØS-retten. Derfor vil en rettskomparativ tilnærming til spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening, være egnet til å belyse hvorfor man i EU/EØS-retten bør fastholde på spesifikke unntaks- og avgrensingsregler av opphaverens enerett.⁴³ For å kunne identifisere og drøfte utfordringene som oppstår ved å innføre *fair use* rettsinstituttet i EU/EØS-retten, vil den komparative metoden ha en rettskulturell komponent.⁴⁴ Av hensyn til oppgavens omfang vil det kun foretas en vurdering av de ulike rettstradisjonene som har påvirket de ulike rettssystemene. Den komparative vurderingen av oppgavens overordnede problemstilling vil ha avgjørende betydning for det rettspolitiske spørsmålet om man bør innføre *fair use*-regelen i EØS/EU-retten.

I oppgaven vil jeg også trekke inn nordiske rettskilder, herunder svensk og dansk rett. Dette vil gjøres gjennom en rettshistorisk tilnærming. Hensikten med denne tilnærmingen er å forsøke og identifisere årsaker til at man i norsk rett har valgt å likestille opphaverens enerett og allmennhetens rett til åndsverket.⁴⁵ En slik likestilling av rettighetene kan tilsi at norsk opphavsrett er bedre egnet til å regulere spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening.

⁴¹ Se delkapittel 6.

⁴² Se delkapittel 6.

⁴³ Sunde (2018).

⁴⁴ Koch og Sunde (2020).

⁴⁵ Se delkapittel 2.1.3 og 3.2.1.

1.4 Avgrensning av oppgaven

Oppgavens overordnede problemstilling om hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens rettigheter og hensynet til teknologisk innovasjon, ved bruk av åndsverk til AI-trening, reiser mange spørsmål og det er nødvendig med en avgrensning av oppgavens omfang.

Ved vurderingen av hvilke unntak eller avgrensingsregler som skal vurderes i spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening, vil det avgrenses mot en tolkning av bestemmelser som gjør særskilt unntak for bruk av åndsverk til forsknings- og utdanningsformål.⁴⁶ Dette er fordi forskning og utdanning er en samfunnsinteresse som ofte tillates en videre lovbestemt rett til bruk av åndsverk. AI-trening med et kommersielt formål har ikke samme lovfestede tilgang, fordi tilsvarende samfunnshensyn ikke gjør seg gjeldende. Derfor vil denne oppgaven ta utgangspunkt i hvordan man kan oppnå en balanse mellom AI-trening med kommersielt formål og opphaverens enerett.

Opphaverens enerett omfatter en eksklusiv eksemplarfremstillingsrett og en tilgjengeliggjøringsrett.⁴⁷ Når åndsverk brukes til AI-trening, oppstår det en midlertidig lagring av åndsverket,⁴⁸ dermed er det opphaverens eksemplarfremstillingsrett som er det sentrale for avhandlingen.

Tretrinns testen er en internasjonalt anerkjent rettsregel som fastsetter ytterrammen for tolkning av unntaks- og avgrensingsregler som begrenser opphaverens enerett. Tretrinns testen kom først til uttrykk i Bernkonvensjonen artikkel 9 (2), og har senere blitt innført i opphavsrettsdirektivet artikkel 5 nr. 5 og digitalmarkedsdirektivet artikkel 7 (2). Jeg vil i denne avhandlingen fokusere på generelle utfordringer som oppstår når man forsøker å lovregulere bruk av åndsverk til AI-trening. Ettersom det ikke tas utgangspunkt i en konkret tvist vil ikke tretrinns testen komme på spissen, og jeg vil derfor ikke foreta en vurdering av tretrinns testens betydning for problemstillingen.

1.5 Veien videre

Av hensyn til en oversiktlig tilnærming til det fragmenterte rettskildebilde, er det valgt en sekvensiell struktur av oppgaven. Jeg vil starte med en generell tilnærming av opphavsretten og kunstig intelligens for å danne et bakteppe for oppgavens sentrale vurderinger. Jeg vil først vurdere norsk opphavsrett, og derfor vil det tidlig foretas en vurdering av retten til midlertidige

⁴⁶ For eksempel artikkel 3 i Direktiv (EU) 2019/790 (digitalmarkedsdirektivet).

⁴⁷ Åndsverkloven § 3.

⁴⁸ Se delkapittel 2.2.2.

eksemplarer i åndsverkloven § 4. Som følge av at åndsverkloven § 4 gjennomfører opphavsrettsdirektivet, vil denne rettsakten være en sentral rettskilde i kapittel 3.

Jeg vil så foreta en vurdering av digitalmarkedsdirektivet og drøfte om dette direktivet er egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon. I store deler av avhandlingen forsøkes spørsmål om AI-trening å løses gjennom anvendelse av opphavsrettslige bestemmelser som ikke er tilpasset AI-utviklingen. Derfor vil jeg foreta en vurdering av om AI-forordningen, som er tilpasset AI-utviklingen, er bedre egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.

I lys av utfordringene som oppstår ved lovreguleringen av AI i EU/EØS-retten. Vil jeg i oppgavens siste del vurdere om *fair use*-regelen er bedre egnet til å regulere spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening, og dermed om denne regelen bør innføres i EU/EØS-retten. Til slutt vil jeg komme med noen avsluttende refleksjoner på bakgrunn av min drøftelse og analyse av et komplekst spørsmål om bruk av åndsverk til AI-trening.

2 Opphavsrett og kunstig intelligens

2.1 Opphavsretten

I dette kapittelet vil det foretas en redegjørelse av opphavsretten med fokus på hvordan opphavsrettens formål og utvikling kan bidra til å forstå hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon. Det er i tillegg nødvendig med en kort redegjørelse av hvordan trening av AI foregår, ettersom treningsprosessen vil påvirke hvilke lovregler som kan anvendes for å besvare problemstillingen.

Opphavsretten gir rettigheter til skaperen av åndsverket, også omtalt som opphaver.⁴⁹ Et åndsverk defineres som «litterære eller kunstneriske verk av enhver art».⁵⁰ For at åndsverket skal være beskyttet må det gi «uttrykk for original og individuell skapende åndsinnsetning».⁵¹ For å oppnå opphavsrettslig vern må åndsverket oppfylle den nedre grensen for verkshøyde.⁵²

Vernetiden varer i opphaverens levetid og 70 år etter utgangen av vedkommendes dødsår.⁵³ Når vernetiden er utløpt, kan verket fritt benyttes av allmennheten. Bruk av åndsverk etter utløpt vernetid er derfor ikke problematisk for treningen av AI. Denne avhandlingen tar dermed kun for seg åndsverk som oppfyller kravet til verkshøyde og er innenfor vernetiden.

2.1.1 Opphaverens enerett

Eneretten er utgangspunktet i opphavsretten og fremgår av åndsverkloven § 3. Opphaveren har «enerett til å råde over åndsverket ved å a) «fremstille varig eller midlertidig eksemplarer av åndsverket [...]» og b) «gjøre verket tilgjengelig for allmennheten». Ordlyden gir opphaveren to eksklusive råderetter i form av en eksemplarfremstillingsrett og en tilgjengeliggjøringsrett.

Eksemplarfremstillingsretten omfatter ethvert «eksemplar».⁵⁴ Uttrykket er teknologinøytralt, og omfatter derfor alle analoge og digitale fremstillingsmetoder for reproduksjon. En

⁴⁹Åndsverkloven § 2.

⁵⁰Ibid.

⁵¹Ibid.

⁵²Jf. bl.a. HR-2017-2165-A avsnitt 66.

⁵³Åndsverkloven § 11.

⁵⁴Åndsverkloven § 2.

ordlydstolkning av kravet til «varig eller midlertidig» fremstilling tilsier at reproduksjonen kan være permanent eller eksistere i en begrenset tidsperiode.

I rettsteorien omtales opphaverens enerett for en økonomisk rett, fordi den legger til rette for økonomisk kompensasjon ved rettsstridig bruk og økonomisk vederlag for å gjøre verket tilgjengelig for allmennheten.⁵⁵ Manglende lovregulering av AI-trening gjør det vanskelig å ha gode kompensasjons- og vederlagsordninger, dette svekker opphaverens mulighet til å ivareta sine økonomiske interesser i åndsverket.

Når åndsverk utnyttes uten hjemmel i lov eller avtale, vil opphaverens enerett krenkes. Det er behov for en regulering som sikrer overholdelse av eksemplarframstillingsretten, men uten å oppstille krav som avskrekker utviklere av AI-teknologier. Det er derfor viktig å sikre at opphavsrettens formål ikke undergraves i forsøket på å finne den beste løsningen for å regulere bruk av åndsverk til AI-trening.

2.1.2 Motstridende interesser i lys av opphavsrettens formål

Åndsverkloven § 1 fastsetter at opphavsretten skal gi rettigheter til «de som skaper [...] åndsverk» og gi «insentiv til kulturell produksjon».⁵⁶ Det betyr at opphaverens enerett ikke bare er en rettighet, den utgjør også et grunnleggende formål i opphavsretten. Videre skal loven «avgrense rettighetene med sikte på å ivareta en *rimelig balanse* mellom rettighetshavernes interesser [...] og allmennhetens interesser [...], slik at åndsverk [...] kan brukes *der dette ut fra samfunnsmessige hensyn er rimelig*»⁵⁷ (mine kursiveringer). En ordlydstolkning understreker viktigheten av å balansere rettighetshaverens interesser med samfunnets interesser når opphaverens enerett skal begrenses. Åndsverklovens formål er derfor ikke en hindring for at hensynet til teknologisk innovasjon skal kunne medføre et unntak eller en avgrensning av opphaverens enerett ved spørsmål om bruk av åndsverk til AI-trening.

Opphavsrettens formål legger også til rette for kommersialisering ved at det på en «enkel måte kan avtales bruk av åndsverk».⁵⁸ Bestemmelsen tilsier at man bør komme til en gjensidig bindende enighet. Dette indikerer en proporsjonalitet mellom utnyttelse og beskyttelse av opphaverens interesser og samfunnets behov for tilgang til åndsverket.

⁵⁵Rognstad (2019) s. 185.

⁵⁶Åndsverkloven § 1 (a).

⁵⁷Åndsverkloven § 1 (b).

⁵⁸Åndsverkloven § 1 (c).

Opphavsrettens formål er dermed flersidig: Opphaveren skal beskyttes og gis insentiv til kulturell produksjon, samtidig som opphaverens rettigheter skal stå i et rimelig forhold til viktige samfunnsinteresser. Den teknologiske utviklingen skaper stadig utfordringer for balanseringen av de motstridende interessene. Det har tidligere vært reist spørsmål om rett til lenking på internett,⁵⁹ bruk av søkemotorer,⁶⁰ og lovligheten av piratkopiering.⁶¹ Selv om sakene gjelder bruk av ulik teknologi, illustrerer alle tilfellene det samme behovet for en avklaring av enerettens grenser. Til tross for dette er det ikke trukket en klar grense for hvordan balanseringen av rettighetene skal foretas.

I lys av den kontinentaleuropeiske rettstradisjonen er det i norsk opphavsrett tatt utgangspunkt i at den som skaper noe skal høste fruktene av arbeidet sitt.⁶² Som vi kommer tilbake til i delkapittel 2.1.3, viser utviklingen av norsk opphavsrett at det ikke er ønskelig med en lovregulering som kun favoriserer skaperen av åndsverket. I det følgende vil det vurderes om denne rettsutviklingen kan gi føringer for hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon ved bruk av åndsverk til AI-trening.

2.1.3 Historisk utvikling som bakteppe for en rimelig balanse

Spørsmålet er om det historiske bakteppet for utviklingen av opphavsretten, kan klarlegge grensene i balanseringen mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.

Anerkjennelse og beskyttelse av opphaverens rettigheter er i kjernen av den kontinentaleuropeiske rettstradisjonen.⁶³ Gjennombruddet oppsto i kjølvannet av den franske revolusjonen og lovfesting av forfatterrettighetene i '*droit d'auteur*'.⁶⁴ Loven ga opphaveren en hellig og ukrenkelig rett til eget verk.⁶⁵ En grunnleggende tanke var at ivaretagelsen av opphaverens rettigheter på sikt ville gagne samfunnet positivt.⁶⁶ Dette har preget utviklingen av norsk opphavsrett.

Startskuddet for utviklingen av norsk opphavsrett kom med den dansk-norske forordningen fra 1741. Forordningen ble etter hvert supplert med en rekke særlover for ulike åndsverk.⁶⁷ Norges

⁵⁹ For eksempel C-466/12.

⁶⁰ For eksempel C-202/12.

⁶¹ For eksempel C-610/15.

⁶² Jf. blant annet Ot.prp.nr.22(1930) s. 3.

⁶³ Neu (2020).

⁶⁴ Rognstad (2019) s. 23.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Baldwin (2014) s. 16.

⁶⁷ Rognstad (2019) s. 24.

tilslutning til Bernkonvensjonen i 1896 ble starten på en internasjonalisert opphavsrett i Norge. Etter et ønske om en felles lovgivning for alle typer åndsverk ble lov 06.juni 1930 nr. 17 (åndsverkloven 1930) innført.⁶⁸

Åndsverkloven 1930 markerer et skille i opphavsrettslovgivningen fordi allmennhetens rett til åndsverk sto sentralt.⁶⁹ I forarbeidene ble det poengtert at:

«alle de subjektive rettigheter, og eiendomsretten [...], i stadig større *grad formes og preges efter* hvad *samfundshensynet* tilsier [vil det være unaturlig] om *åndsverksarbeiderne skulde være de eneste, som skulde kunne hevde en rett* der i steil individualisme *nektet samfundshensynet* enhver konsesjon»⁷⁰ (mine kursiveringer).

Forarbeidsuttalelsen gir tydelig uttrykk for at opphaverne ikke lenger nøt en absolutt og ukrenkelig rett til åndsverket. Allmennhetens rett til åndsverk skulle ikke lenger anses som spesifikke unntak fra den eksklusive eneretten. Dette ble starten på et grunnsyn om likestilte rettigheter, noe som skiller norsk opphavsrett fra våre nordiske naboland.⁷¹

Til tross for ulike grunnholdninger, var det likevel et ønske om et nordisk lovsamarbeid og en felles rettsenhet.⁷² Som et resultat av dette ble lov 12. mai 1961 nr. 2 (åndsverkloven 1961) innført. Sammenlignet med åndsverkloven 1930 medførte 1961-loven få endringer. En svakhet ved de tidligere åndsverklovene var at de fremsto som fragmenterte og vanskelig tilgjengelig for allmennheten.⁷³ For å håndtere dette ble åndsverkloven 2018 innført med hensikten om å «modernisere og forenkle loven, slik at den blir et mer effektivt og lettere anvendelig verktøy for alle dens brukere».⁷⁴

I tråd med Norges internasjonale forpliktelser, og spesielt den dynamiske EU/EØS-retten, er åndsverkloven endret flere ganger siden innføringen.⁷⁵ En konsekvens av at åndsverkloven stadig må endres, er at den er på vei til å bli det den skulle unngå. Dermed er det usikkert om den er egnet til å balansere opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon ved

⁶⁸ Rognstad (2019) s. 29.

⁶⁹ Se allmennhetens rett til åndsverk i lovens annet kapittel.

⁷⁰ Innst. 1925 s. 14; Rognstad (2019) s. 30.

⁷¹ Se delkapittel 3.2.3.

⁷² Rognstad (2019) s. 30.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Prop. 104 L (2016-2017) s. 9.

⁷⁵ Endringer er gjort i bl.a. åndsverkloven §§ 4 og 20.

spørsmål om trening av AI. I det følgende vil det derfor vurderes om en annerledes rettsutvikling kan gjøre det lettere å balansere de motstridende interessene i dag.

2.1.4 En opphavsrettslig utvikling til fordel for samfunnet

I takt med utviklingen innenfor den kontinentaleuropeiske rettstradisjonen, oppsto behovet for å regulere produksjon og kommersialisering av litteratur i USA.⁷⁶ Angloamerikansk rettstradisjon har utviklet seg på en annen måte enn den kontinentaleuropeiske tradisjonen. En grunnleggende forskjell er synspunktet på opphaverens samfunnsrolle. Fokuset i den kontinentaleuropeiske tilnærmingen er å beskytte opphaverens kreativitet og ideelle rettigheter mot kommersialisering og utnyttelse.⁷⁷ Dette skiller seg fra den angloamerikanske tilnærmingen som vektlegger opphaverens kreativitet og produksjon til fordel for samfunnet.⁷⁸

Til tross for ulik rettstradisjon og tilnærming til regulering av opphavsretten, valgte USA i 1989 å signere Bernkonvensjonen. Dermed forpliktet de seg til en internasjonalisert beskyttelse av både de ideelle og økonomiske rettighetene til litterære og kunstneriske verk.⁷⁹ Til tross for dette benyttes fremdeles en skjønsmessig *fair use*-regel. Økt internasjonalisering vil kunne medføre en likere balansering av motstridende interesser. Derfor er det interessant å vurdere om den fleksible *fair use*-regelen kan være bedre egnet til å regulere trening av AI sammenlignet med EU-reguleringen, og om EU og Norge kan benytte seg av dette rettsinstituttet i sine rettssystemer.

2.2 Kunstig intelligens

2.2.1 Definisjon

Det eksisterer ikke én gjeldende definisjon for AI. Fra et juridisk perspektiv er AI for første gang forsøkt definert gjennom AI-forordningen.

Det fremgår av artikkel 3 nr.1 at et AI-system skal defineres som:

«a machine-based system designed to operate with varying levels of *autonomy*, that may exhibit *adaptiveness* after deployment and that, for explicit or implicit objectives, *infers*, from the input it receives, how to generate outputs such as

⁷⁶ Amador (2009) s. 342.

⁷⁷ Baldwin (2014) s. 16.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Holmstedt og Vyrje (u.å) s. 2.

predictions, content, recommendations, or decisions *that can influence physical or virtual environments*» (mine kursiveringer).

EU-kommisjonen har, som det fremkommer av artikkelen ovenfor, foreslått en vid definisjon av AI-systemer. Under arbeidet med AI-forordningen ble tidligere foreslåtte definisjoner kritisert for å være for detaljerte til å omfatte et raskt utviklende datasystem.⁸⁰ Den nye definisjonen er derimot fått kritikk for å være for vid.⁸¹ For å unngå en definisjon som er utdatert før forordningen trer i kraft, fremstår det hensiktsmessig å velge en definisjon som ikke fokuserer på teknologiske detaljer.

De viktigste kravene som fremgår av definisjonen, er at det maskinbaserte systemet har en grad av «autonomy» som innebærer at den må fungere uten menneskelig innblanding. Uttrykket «adaptiveness» betyr at systemet må kunne tilpasse seg ny informasjon etter at det er tatt i bruk. Kravet til «inference» tilsier at det må være en sammenheng mellom treningsdataen og resultatene som AI-en produserer. I tillegg må resultatene være av en slik grad at de kan påvirke det fysiske og digitale miljøet. Dermed avgrenses det mot tidligere og enkle AI-systemer som for eksempel regelbaserte systemer.⁸² Gjennom veiledet læring programmeres modellen etter faste regler, for eksempel at $x=y$.⁸³ Siden legaldefinisjonen trolig blir gjeldende i nær fremtid, vil den videre avhandlingen ta utgangspunkt i AI-systemer som omfattes av definisjonen.

2.2.2 Utvikling og trening av AI

Ved spørsmål om bruk av åndsverk til AI-trening, er det de maskinlærte AI-systemer som utgjør den største utfordringen. Dette illustreres gjennom den pågående tvisten mellom *NYT* og *OpenAI*, hvor store mengder åndsverk brukes til trening av tekstgenereringsmodellen ChatGPT. For at ChatGPT skal kunne forstå spørsmål og produsere tekst, er den avhengig av en *Generative Pre-trained Transformer (GPT)*.⁸⁴

GPT er en maskinlært modell som trenes på store mengder tekstdata og er programmert til å generere tekst som etterligner et menneskeskapt resultat.⁸⁵ Maskinlæring er prosessen som benyttes når AI-en trenes til å lære på egenhånd, uten eksplisitte menneskelige instruksjoner.⁸⁶

⁸⁰ Spies (2023).

⁸¹ Mema (2024).

⁸² Tidemann (2023).

⁸³ Ibid.

⁸⁴ ChatGPT, «*GENERATIVE PRE-TRAINED TRANSFORMER (GPT)*» (u.å og n.n).

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Columbia Engineering (u.å).

For tankens skyld, kan ChatGPT sammenlignes med et bilkarosseri som er avhengig av en motor for å fungere. GPT-modellen utgjør en viktig komponent i denne bilmotoren.

Det eksisterer ulike maskinlæringsmodeller, og tradisjonelt er disse modellene inndelt i veiledet og ikke-veiledet trening.⁸⁷ AI-forordningens definisjon av AI-systemer avgrenser mot sistnevnte kategori. Ved ikke-veiledet læring må modellen finne strukturer og mønstre på egenhånd.⁸⁸ GPT blir trent gjennom dyplæring og representerer en ny kategori innenfor maskinlæring.⁸⁹ Dette innebærer at AI-modellen trener opp «nevrale nettverk», og som navnet antyder, kan dette sammenlignes med hvordan den menneskelige hjernen fungerer.⁹⁰ Dette innebærer at AI-modellen kan lære av informasjon den ikke har vært eksponert for tidligere.⁹¹

Manglende transparens ved trening av AI gjør det vanskelig å vite hvor og hvordan datainnsamlingen skjer. Derfor må det tas utgangspunkt i en generell forklaring av hvordan treningsdataen innsamles og lagres.

Trening av AI kan deles inn i tre trinn. Først defineres problemet som AI-modellen skal forsøke å løse. For eksempel vil dette for en språkmodell som GPT være å lære mønstre og systemer mellom ord.⁹² Deretter benyttes ulike algoritmer for å finne og samle inn store mengder relevant informasjonsdata for å oppnå formålet.⁹³ Algoritmer kan enkelt forklares som instruksjoner som følges i en bestemt rekkefølge for å oppnå et spesifikt mål.⁹⁴

Til slutt filtreres og settes den innsamlede datainformasjonen sammen til et datasett som benyttes til trening av AI-modellen.⁹⁵ Den lagrede dataen slettes når treningen er gjennomført.⁹⁶ I tvisten mellom *NYT* og *OpenAI* er det innsamlingen og den midlertidige lagringen av data som er årsaken til de påståtte opphavsrettslige krenkelsene.⁹⁷ I det følgende vil det vurderes om den midlertidige lagringen av åndsverk kan løses etter åndsverkloven § 4.

⁸⁷ Strümke (2023) s. 59.

⁸⁸ DigitalNorway (u.å).

⁸⁹ ChatGPT, «*GENERATIVE PRE-TRAINED TRANSFORMER (GPT)*» (u.å og n.n).

⁹⁰ Tidemann (2023).

⁹¹ Tidemann (2023).

⁹² ChatGPT, «*GENERATIVE PRE-TRAINED TRANSFORMER (GPT)*» (u.å og n.n.).

⁹³ Columbia Engineering (u.å)

⁹⁴ Strümke (2023) s. 18.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Strümke (2023) s. 18.

⁹⁷ New York Times sin stevning av OpenAI, Saksnr: 1:23-cv-11195, avsnitt 84-85; avsnitt 160.

3 Rett til midlertidig eksemplarfremstilling

3.1 Åndsverkloven § 4

I dette kapitlet vil det foretas en drøftelse av utfordringene som oppstår når trening av AI vurderes etter åndsverkloven § 4. Bestemmelsen vil først presenteres, men før den tolkes er det nødvendig å vurdere om retten til visse midlertidige eksemplarer er et unntak eller en avgrensning av eneretten, fordi dette kan påvirke hvordan bestemmelsen skal tolkes.

For at bruk av åndsverk til AI-trening skal omfattes av åndsverkloven § 4, må den midlertidige lagringen som oppstår i treningsprosessen være: En «forbigående fremstilling» og utgjøre en «integrert og vesentlig del av en teknisk prosess» med «formål å muliggjøre [...] lovlig bruk av et verk», og ikke ha «selvstendig økonomisk betydning».⁹⁸

3.2 Et unntak eller en avgrensning av eneretten

3.2.1 Det norske idealet om likestilte rettigheter

Et viktig spørsmål som må reises når bruk av åndsverk til AI-trening forsøkes løst etter åndsverkloven § 4, er hvordan de ulike interessene skal balanseres. Dette påvirkes av reglens struktur. En hierarkisk struktur innebærer at eneretten vil være overordnet retten til midlertidig eksemplarfremstilling. Likestilte regler åpner i større grad for en balansering av de ulike rettighetene. Som tidligere nevnt, har norsk opphavsrett utviklet seg mot en likestilt regulering av opphaverens enerett og allmennhetens rett til åndsverk.⁹⁹ I dette delkapitlet vil det foretas en rettshistorisk analyse for å vurdere om tidligere vurderinger, kan bidra til en klarlegging av reglens struktur i dag.

I norsk rettshistorie er det et rådende ideal om å likestille reglene om opphaverens enerett og allmennhetens rett til å benytte åndsverkene.¹⁰⁰ Denne grunnholdningen har vært så dominerende at det kun finnes ett eksempel i lavere rettspraksis hvor det kan stilles spørsmål ved om byretten forsøkte å utfordre idealet om likestilte regler.¹⁰¹

⁹⁸ Jf. åndsverkloven § 4.

⁹⁹ Se delkapittel 2.1.3.

¹⁰⁰ Lassen (1978) s. 118.

¹⁰¹ Ibid.

RG-1959-185 omhandlet spørsmål om A/S Norsk Notestik & Forlag (NNF) hadde rett til å benytte en sangtekst som Salvata Kristelig Forlag (SKF) utøvet opphavsretten til, i forbindelse med en melodi som NNF hadde rettigheter til. NNF mente det burde være tillatt å bruke diktet uavhengig av om teksten var skrevet før eller etter komposisjonen.¹⁰² Byretten mente at ordlyden «tidligere utgitte [...] dikt» ikke kunne tolkes slik at den omfatter tilfeller hvor teksten er skrevet senere enn komposisjonen.¹⁰³ Det interessante for spørsmålet om likestilte eller hierarkiske regler, er hvordan domstolen drøftet tolkningsspørsmålet.

Byretten uttalte at «[d]et kan være noe tvilsomt hvilken rekkevidde bestemmelsen har, men som en *unntaksregel om opphavsmannens rett til sitt verk*, er det *naturlig å fortolke bestemmelsen innskrenkende*»¹⁰⁴ (mine kursiveringer). Siden byretten vurderte problemstillingen etter åndsverkloven 1939, er det uklart hvorvidt retten kun foretar en ordlydstro tolkning, eller om det er et standpunkt om en hierarkisk struktur. Sistnevnte utfordrer den rådende oppfatningen om likestilte regler. Byrettens uttalelser har begrenset rettskildevekt, men dommen illustrerer viktigheten av å avklare forholdet mellom reglene siden det vil kunne påvirke hvordan de tolkes ved motstrid.

Spørsmålet om forholdet mellom eneretten og allmennhetens rettigheter til åndsverk, var et tema i utarbeidelsen av åndsverkloven 1961. I Ot.prp.nr.26 (1959-60) s. 29 ble det diskutert hvorvidt regler som påvirker eneretten skulle betegnes som «innskrenkninger» eller «avgrensninger». Departementet støttet seg til den rådende oppfatningen i rettsteorien, hvor særlig Knophs uttalelse fra 1939 ble ansett å ha betydning. Knoph mente at

«de positive reglene om opphavsretten kommer [...] til å bli resultatanten av *to likeverdige komponenter, tanken på opphavsmannen og tanken på allmenheten* [...]. Enhver tanke på at reglene [...] er unntak som må *fortolkes strengt eller endog «innskrenkende» må derfor være utelukket*»¹⁰⁵ (min kursivering).

Ved å foreta en direkte henvisning til det ovennevnte sitatet, gir lovgiver tydelig uttrykk for et standpunkt om en likestilling mellom eneretten og allmennhetens rett til åndsverk. For å klargjøre denne likestillingen mellom rettighetene, mente departementet at uttrykket «innskrenkning» skulle endres til «avgrensning». Begrunnelsen var at terminologien

¹⁰² RG-1959-185 s. 187.

¹⁰³ Jf. ordlyden i åndsverkloven 1930 § 9.

¹⁰⁴ RG-1959-185 s. 188.

¹⁰⁵ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 29 venstre kolonne.

«avgrensning» var bedre egnet til å tydeliggjøre likestillingen mellom rettighetene.¹⁰⁶ Det er en svakhet at lovgiver ikke utdyper ordlyden til de ulike uttrykkene.

Av hensyn til den resterende analysen av enerettens grenser, vil det foretas en ordlydstolkning av uttrykkene. En alminnelig ordlydstolkning av uttrykket «avgrensning» angir en grense for enerettens rekkevidde ved å tydeliggjøre et skille mellom det som omfattes og det som faller utenfor eneretten. En «innskrenkning» innebærer at enerettens grenser endres ved at omfanget av hva som omfattes reduseres. Uttrykkenes ordlyd og forarbeidsuttalelsen om likestilte rettigheter, er av interesse for spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening. Dette er fordi likestilte regler kan åpne for en utvidende tolkning av åndsverkloven § 4 av hensyn til teknologisk innovasjon.

Som tidligere nevnt, er åndsverkloven 1961 et resultat av en målsetting om et felles nordisk lovsamarbeid.¹⁰⁷ Derfor er det interessant at man i norsk rett har valgt en likestilt regelstruktur, som skiller seg fra den hierarkiske tilnærmingen i de øvrige nordiske landene. Det er en svakhet for den likestilte strukturens plassering i norsk rett og det nordiske rettsamarbeidet, at lovgiver ikke uttrykkelig begrunner denne ulikheten i forarbeidene. En slik begrunnelse kunne gitt et interessant tolkningsbidrag i spørsmålet om AI-trening i norsk rett i dag, fordi den norske likestillingen tilsynelatende er i konflikt med utgangspunktet om innskrenkende tolkning i EU-retten.¹⁰⁸

3.2.2 Enerettens grenser i lys av et nordisk rettsamarbeid

For åndsverkloven 1961 er preget av et nordisk lovsamarbeid er det interessant å vurdere nordiske rettskilder, herunder dansk og svensk rett. Spørsmålet er om de nordiske rettskildene kan klarlegge hvorfor man i norsk rett har valgt å ha likestilte regler. Dette kan tjene som et tolkningsmoment når vi senere i punkt 3.2.4 drøfter om likestilte rettigheter er i et spenningsforhold med EU-retten, og hvordan dette igjen påvirker spørsmålet om AI-trening.

I dansk opphavsrett har de fastholdt på terminologien «*indskrænkninger*» for reglene som begrenser opphaverens enerett.¹⁰⁹ Under utarbeidelsen av den danske opphavsretsloven fra 1961 ble det i forarbeidene uttrykt at unntaksreglene «*i tvivlstilfælde må fortolkes på en sådan måde, at de formål, de tjener, virkelig kan ske fyldest, men på den anden side heller ikke*

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Se delkapittel 2.1.3.

¹⁰⁸ Se delkapittel 3.2.4.

¹⁰⁹ LBK nr. 1144 af 23/10/2014 (lov om ophavsret).

*videre.»*¹¹⁰ (mine kursiveringer). Forarbeidsuttalelsen indikerer at unntaksreglene skal tolkes for å oppfylle sitt formål, men ikke utvidende. Den danske tilnærmingen uttrykker en mer restriktiv balansering av reglene, da allmennhetens rettigheter ikke strekker lenger enn hva som kan utledes av ordlyden. En mulig forklaring på den restriktive tilnærmingen kan være den betydelige innflytelsen kontinentaleuropeisk rettstradisjon har hatt på dansk rett.¹¹¹

I svensk opphavsrett brukes uttrykket «*inskränkning*» for reglene som begrenser eneretten.¹¹² Imidlertid blir ikke forholdet mellom disse reglene eller hvordan de skal tolkes drøftet i de svenske motivene til opphavsretsloven fra 1960.¹¹³ I svensk rettsteori har denne tausheten blitt tolket som at lovgiver har valgt å la spørsmålet stå åpent.¹¹⁴ Manglende standpunkt kan begrunnes i et ønske om å unngå tolkningskonflikt med internasjonale forpliktelser.¹¹⁵

De nordiske rettskildene oppklarer ikke den ulike tilnærmingen til reglenes struktur, men kan tas til inntekt for at ulik påvirkning av den kontinentaleuropeiske rettstradisjonen og internasjonale forpliktelser kan påvirke nasjonal lovgivning. En tolkning i samsvar med internasjonale forpliktelser, vil være et moment i den videre drøftelsen i punkt 3.2.3, fordi ulik regulering av eneretten og allmennhetens rettigheter kan medføre at like tilfeller behandles ulikt. En slik regulering kan undergrave formålet om like konkurransevilkår i det indre marked, noe som vil være uheldig for AI-utviklingen.

3.2.3 Åndsverkloven § 4 i konflikt med EU-retten?

I nåværende åndsverklov regulerer kapittel 3 «*avgrensninger* av opphavsretten [...]»¹¹⁶ (min kursivering). På bakgrunn av de tidligere forarbeidsuttalelsene knyttet til valg av terminologi, tilsier en fastholdelse av uttrykket «*avgrensning*» at rettstilstanden er videreført i 2018-loven.¹¹⁷

Imidlertid avklares ikke forholdet mellom eneretten og retten til midlertidig eksemplarframstilling kun ved en fastholdelse av denne terminologien. Ved gjennomføringen av 2018-loven ble åndsverkloven § 4 flyttet fra daværende kapittel 2 om avgrensninger av opphavsretten og til samme kapittel som § 3 om opphaverens enerett. I lys av tidligere

¹¹⁰ Lund (1961) s. 125.

¹¹¹ Lassen (1978) s. 114.

¹¹² Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

¹¹³ Lassen (1978) s. 119.

¹¹⁴ Lund (1961) s. 126.

¹¹⁵ Lassen (1978) s. 120.

¹¹⁶ Jf. 3. kapitteloverskrift i åndsverkloven 2018.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 26 (1959-60) s. 29 venstre kolonne.

retthistoriske diskusjoner, kan en plassering i samme kapittel tilsi at lovgiver i enda større grad foretar en tydeliggjøring av et likestilt forhold mellom disse reglene.

En plassering av åndsverkloven §§ 3 og 4 i samme kapittel ga lovgiver en mulighet til å adressere forholdet mellom reglene i nyere tid. Imidlertid fremgår det kun av forarbeidene til åndsverkloven 2018, at årsaken til plasseringen i samme kapittel er «det nære forholdet mellom eneretten til eksemplarframstilling og avgrensningen som gjelder visse midlertidige eksemplarer». ¹¹⁸ Et nært forhold mellom eneretten og retten til midlertidig eksemplarframstilling, kan tilsi en større grunn til å tolke § 4 utvidende av hensyn til teknologisk innovasjon i norsk rett. Dette vil kunne være en fordel for AI-utviklingen.

Ettersom åndsverkloven § 4 gjennomfører digitalmarkedsdirektivet artikkel 5 nr.1, vil dette kunne medføre at norsk rett er i konflikt med EU-retten. Spørsmålet er om en utvidende tolkning av åndsverkloven § 4 er innenfor rammen som oppstilles i EU-retten, fordi en utvidende tolkning vil innskrenke enerettens grenser. I det følgende vil det drøftes om Norges likestilte regler er i konflikt med EU-retten.

Opphavsrettdirektivet artikkel 5 gir en uttømmende liste med unntak («exceptions») og innskrenkninger («limitations») fra eneretten. ¹¹⁹ EU-domstolen tolker «exceptions» som «totally excluded» og «limitations» som «merely limited». ¹²⁰ Det betyr at unntak utelukker den aktuelle bruken, mens innskrenkninger begrenser den. ¹²¹ Dette indikerer en hierarkisk struktur mellom reglene, og taler for at den norske likestillingen er i motstrid med EU-retten.

C-5/08 og *C-302/10 (Infopaq I og Infopaq II)* reiste spørsmål om rett til midlertidig eksemplarframstilling av avisartikler. EU-domstolen uttalte at utgangspunktet er at opphavsrettsdirektivet artikkel 5 nr. 1 skal tolkes innskrenkende fordi bestemmelsen utgjør «a derogation from the general principle established by that directive». ¹²² Dette utgangspunktet tilsier en motstrid mellom norske likestilte regler og EU-retten.

I *C-403/08 (Premier League)*, som gjaldt spørsmål om rett til å vise fotballkamper, anerkjente EU-domstolen at det gjeldende utgangspunktet er å tolke opphavsrettsdirektivet artikkel 5 nr. 1 innskrenkende. ¹²³ Fremfor å følge dette utgangspunktet, uttalte EU-domstolen at «[t]he

¹¹⁸ Prop. 104 L (2016-2017) s. 318.

¹¹⁹ Opphavsrettsdirektivets fortale punkt 32.

¹²⁰ C-457/11, avsnitt 34.

¹²¹ Rognstad (2019) s. 278.

¹²² C-5/08, avsnitt 56; C-302/10, avsnitt 27.

¹²³ C-403/08, avsnitt 162.

interpretation of those conditions must *enable the effectiveness of the exception thereby established to be safeguarded and permit observance of the exception's purpose [...]*¹²⁴ (mine kursiveringer). Denne uttalelsen forstås som at det i den konkrete vurderingen må tas hensyn til interessene som bestemmelsen er ment å ivareta, på en mer balansert måte. Dette skaper en mer nyansert tolkning av enerettens grenser ved spørsmål om rett til midlertidig eksemplarframstilling. Denne modifiseringen av utgangspunktet om innskrenkende tolkning, tilsier at det ikke er full motstrid mellom norsk rett og EU-retten.

Artikkel 5 nr. 1 skal tolkes i lys av sitt formål som er å *«ensure the development and operation of new technologies and safeguard a fair balance between the rights and interests of right holders, on the one hand, and of users of protected works [...]*¹²⁵ (mine kursiveringer). Dette innebærer at retten til midlertidig eksemplarframstilling skal tolkes slik at den legger til rette for utvikling og bruk av ny teknologi, samtidig som den skal sikre en rimelig balanse mellom rettighetsholderne og brukerne av åndsverket. Tolkningen beveger seg mot en mer helhetlig vurdering, som vil være viktig ved spørsmål om bruk av åndsverk til trening av AI.

Imidlertid er det uklart om EU-domstolen er villig til å tolke artikkel 5 nr. 1 utvidende for å imøtekomme utviklingen av ny teknologi. Denne usikkerheten, sammenlignet med det klare standpunktet i norsk rett om likestilte regler, kan tilsa at den norske løsningen som åpner for en utvidende tolkning er mer AI-vennlig.

Likevel er det usikkert hvor stødig utgangspunktet om likestilte regler i norsk rett er i praksis. I lys av presumsjonsprinsippet vil norske domstoler trolig være tilbakeholdne med en tolkning som kan skape motstrid med internasjonale forpliktelser.¹²⁶ Likestilte regler i norsk rett vil på bakgrunn av dette ikke være i konflikt med EU-retten. I den følgende vurderingen av åndsverkloven § 4 vil det derimot ikke foretas en utvidende tolkning av hensyn til teknologisk innovasjon, fordi dette kan medføre motstrid med EU-retten.

3.3 Rett til midlertidig lagring etter åndsverkloven § 4

3.3.1 Kravene til tid og teknisk prosess ved midlertidig lagring av åndsverk

Ordlyden til vilkåret «forbigående fremstilling» i åndsverkloven § 4, angir at den midlertidige lagringen av åndsverket på et tidspunkt må opphøre. EU-domstolen har fastsatt at vilkåret omfatter midlertidig lagring så lenge den er «necessary for the proper completion of the

¹²⁴ Ibid, avsnitt 163.

¹²⁵ C-403/08, avsnitt 164.

¹²⁶ Franklin (2012).

technological process [...]». ¹²⁷ Kravet til nødvendig innebærer at prosessen må være «automated so that it deletes that act automatically, without human intervention, once its function of enabling the completion of such process has come to an end». ¹²⁸ Den midlertidige lagringen av åndsverk for trening av AI, er en nødvendig del av treningen som opphører når AI-modellen er ferdigtrent. ¹²⁹

Etter åndsverkloven § 4 er det et vilkår om at den midlertidige eksemplarframstillingen er en «integreert og vesentlig del av en teknisk prosess». En naturlig forståelse av dette tilsier at den midlertidige lagringen må være av en vesentlig betydning for treningsprosessen. Det er usikkert om den midlertidige lagringen av åndsverk i AI-treningsprosessen oppfyller dette kravet. EU-domstolen tolker imidlertid ikke vilkåret like strengt som ordlyden tilsier. EU-domstolen har fastslått at det er tilstrekkelige at den tekniske prosessen ikke fungerer «correctly and efficiently without that act». ¹³⁰ Trening av AI-modeller, slik det er lagt til grunn i denne avhandlingens delkapittel 2.2.2, ville ikke vært mulig uten den midlertidige lagringen av åndsverk. Dermed er vilkåret oppfylt.

3.3.2 Krav til lovligheten av åndsverket som benyttes

Den midlertidige lagringen må ha som «eneste formål å muliggjøre lovlig bruk av et verk [...]». ¹³¹ Vilkåret «lovlig bruk» forstås som at den midlertidige eksemplarframstillingen må ha hjemmel i lov eller avtale. Det vil i avhandlingen avgrenses mot en nærmere vurdering av om det foreligger en avtale for bruk av åndsverk.

En utfordring som reises i lys av kravet til lovlig bruk, er spørsmålet om rett til å bruk av åndsverk som er ulovlig delt på internett. EU-domstolen har i flere ulike saker kommet til at bruk av åndsverk som er ulovlig delt på internett, ikke oppfyller kravet til «lovlig bruk». ¹³² Dersom AI-modellen trenes på ulovlig delte åndsverk, vil dette ikke være «lovlig bruk».

En større utfordring oppstår når AI-modellen trenes på åndsverk som er delt lovlig på internett, men ikke med formål om å brukes til trening av AI. Spørsmålet er om opphaveren ved å tillate at åndsverket deles på internett, har gitt et stilltiende samtykke til at åndsverket kan benyttes til AI-trening. Dette spørsmålet vil drøftes under lovlighetsvilkåret som oppstilles i

¹²⁷ C-5/08, avsnitt 64.

¹²⁸ C-5/08, avsnitt 64.

¹²⁹ Se delkapittel 2.2.

¹³⁰ C-302/10, avsnitt 30.

¹³¹ Jf. åndsverkloven § 4.

¹³² Jf. bla. C-527/15; C-610/15.

digitalmarkedsdirektivet artikkel 4, se delkapittel 4.2.1. Siden spørsmålet behandles senere i avhandlingen, vil det ikke vurderes nærmere i dette kapitlet.

3.3.3 Et sikkerhetsvilkår om økonomisk verdi

Til slutt kreves det at den midlertidige eksemplarframstillingen ikke har «selvstendig økonomisk betydning». ¹³³ En ordlydstolkning tilsier at den midlertidige eksemplarframstillingen ikke kan ha en egen økonomisk verdi. EU-domstolen har presisert at den midlertidige eksemplarframstillingen har en selvstendig økonomisk verdi dersom den medfører en ytterligere økonomisk fordel. ¹³⁴

I *Infopaq II* var spørsmålet om manuell skanning av fysiske aviser som ble lastet opp og lagret som TIFF-filer, ¹³⁵ var omfattet av unntaket for midlertidig eksemplarframstilling i opphavsrettsdirektivet artikkel 5 nr. 1. ¹³⁶ I vurderingen av om den midlertidige eksemplarframstillingen medførte en ytterligere økonomisk fordel oppstilte domstolen to mulige alternativer.

Det første alternativet for en økonomisk fordel, oppfylles når «the author of that act is likely to make a profit due to the economic exploitation of the temporary reproductions themselves». ¹³⁷ Dette innebærer å tjene penger på den midlertidige eksemplarframstillingen. For eksempel oppnår OpenAI en ytterligere økonomisk fordel ved å tilby abonnementstjenester til sine AI-systemer. ¹³⁸ De tilbyr også andre teknologiselskaper å kjøpe lisenser til sine AI-modeller. ¹³⁹ En slik bruk innebærer at den midlertidige lagringen av åndsverk til trening av AI ikke tillates etter åndsverkloven § 4.

Det andre alternativet for en ytterligere økonomisk fordel oppstår når den midlertidige eksemplarframstillingen «lead to a change in the subject matter reproduced, as it exists when the technological process [...] is initiated». ¹⁴⁰ Dersom verket endres i den tekniske prosessen, er ikke lenger formålet å lette bruken av verket, men bruken av «a different subject matter». ¹⁴¹ Dette kravet vil lettere oppfylles ved vurdering av AI-systemets genererte outputs, for eksempel

¹³³ Jf. åndsverkloven § 4.

¹³⁴ C-302/10, avsnitt 50.

¹³⁵ «En TIFF-fil, eller Tag Image File Format-fil, er en datafil som brukes til å lagre rastergrafikk og bildeinformasjon», jf. adobe.com/no.

¹³⁶ C-302/10, avsnitt 8-12.

¹³⁷ Ibid., avsnitt 52.

¹³⁸ OpenAI, «pricing» (u.å og n.n).

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ C-302/10, avsnitt 53.

¹⁴¹ Ibid.

ved at AI-systemet genererer nye ansikter på eksisterende bilder. Imidlertid vil manglende transparens ved trening av AI medføre vanskeligheter med å vurdere hvorvidt åndsverkene endres i den tekniske prosessen.

Ettersom vilkåret «selvstendig økonomisk betydning» oppstilles som et sikkerhetsvilkår for å beskytte opphaverens økonomiske interesser, er det uheldig å ha et alternativ som krever en endring i den tekniske prosessen ved spørsmål om AI-trening. En slik vurdering krever teknisk forståelse av rettsanvenderen og tilstrekkelig med transparens i treningsprosessen. Å vurdere bruk av åndsverk til AI-trening etter dette alternativet, kan medføre et fokus på teknologiske detaljer fremfor å gi opphaveren den beskyttelsen som bestemmelsens formål er ment å gi. Dette vil kunne svekke rettssikkerheten til opphaveren og dermed gjøre det vanskelig å oppnå en rimelig balanse ved bruk av åndsverk til AI-trening.

En vurdering av tekniske detaljer kan medføre vanskeligheter med å tilrettelegge for teknologisk innovasjon, dersom nye teknologiske metoder avvises uten annen begrunnelse enn at de fremstår annerledes, enn tidligere teknologiske prosesser. En slik vurdering skaper uforutberegnelighet, og vil gjøre det vanskelig å ta hensyn til teknologisk innovasjon ved AI-trening.

Tolkningen av åndsverkloven § 4 viser at bestemmelsen ikke er egnet til å skape forutsigbarhet for AI-utviklere. Mulighetene for AI-utvikling svekkes når tilfeller som befinner seg i en opphavsrettslig gråsoner, kan bli avgjort på bakgrunn av tekniske detaljer. Dette vil ikke balansere hensynet til teknologisk innovasjon ved AI-trening. En rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon trenger lovbestemmelser som gir klarere unntak eller avgrensninger fra opphaverens enerett. I det følgende vil det vurderes om digitalmarkedsdirektivet forenkler rettstilstanden, og skaper mer forutberegnelighet og rettssikkerhet når åndsverk brukes til AI-trening.

4 Trening av AI etter digitalmarkedsdirektivet

4.1 Digitalmarkedsdirektivet

Gjennom digitalmarkedsdirektivet forsøker EU å adressere svakheter i gjeldende opphavsrett.¹⁴² Et av formålene er å fremme veksten av teknologiselskaper i Europa.¹⁴³ Digitalmarkedsdirektivet er ment å være teknologinøytralt og inneholder derfor ingen eksplisitte reguleringer av AI eller maskinlæring. I det følgende vil det drøftes om et generelt unntak for tekst- og datautvinning er egnet til å regulere spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening.¹⁴⁴

Direktivet er ikke gjennomført i norsk rett, men departementet synes å velge en direktivnær gjennomføring av direktivets unntak.¹⁴⁵ Dette innebærer at unntakene trolig får tilsvarende anvendelse i norsk rett. Det tas derfor utgangspunkt i direktivteksten.

4.2 Generelt unntak for tekst- og datautvinning

Digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 gir et generelt unntak for tekst- og datautvinning (TDM). Bestemmelsen ble inntatt i direktivet etter tilbakemeldinger fra kommersielle aktører og rettsteoretikere, som krevde at det teknologinøytrale direktivet fikk en regulering bedre tilpasset AI-utviklingen.¹⁴⁶

TDM kan forklares som en automatisert maskinbasert prosess som brukes til å innhente og analysere data.¹⁴⁷ Det har vært diskutert i rettsteorien om hvorvidt AI er TDM, og derfor om artikkel 4 kan anvendes ved spørsmål om AI-trening.¹⁴⁸ I den foreslåtte AI-forordningen, som regulerer AI, henvises det direkte til digitalmarkedsdirektivet artikkel 4.¹⁴⁹ Homogenitetsprinsippet tilsier dermed at artikkel 4 kan anvendes ved spørsmål om AI-trening. Det er derfor ikke nødvendig å vurdere om AI omfattes av TDM-definisjonen.¹⁵⁰

¹⁴² Rosati (2021).

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Se digitalmarkedsdirektivet artikkel 4.

¹⁴⁵ Antonsen og Oddbjørnsen (2023).

¹⁴⁶ COM(2015) 626 s. 7.

¹⁴⁷ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 2 nr. 2.

¹⁴⁸ Ørstavik (2022) s. 6.

¹⁴⁹ AI-forordningen fortalen punkt 106.

¹⁵⁰ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 2 nr. 2.

Det fremgår av artikkel 4 nr.1 at bestemmelsen utgjør et unntak eller avgrensning av opphaverens enerett for TDM med kommersielt formål, hvis øvrige vilkår i artikkel 4 er oppfylt.¹⁵¹

4.2.1 En rett til å trene AI på åndsverk som er gratis tilgjengelig på internett?

I henhold til artikkel 4 nr. 1, må enhver reproduksjon av åndsverket være fra «lawfully accessible works». En alminnelig ordlydstolkning tilsier at tilgangen til åndsverket må ha hjemmel i lov eller avtale. Ordlyden avgrenser dermed mot åndsverk som er ulovlig delt på internett. Dette er egnet til å skape forutberegnelighet for opphavere og AI-utviklere.

Imidlertid er det uklart om vilkåret oppstiller et krav om hjemmel for den konkrete bruken, eller om det er tilstrekkelig at åndsverket kun er lovlig tilgjengelig på internett, herunder avtale mellom andre parter. For eksempel at opphaveren tillater at en avis publiserer en gratisartikkel med utdrag fra opphaverens bok. Et slikt tolkningsalternativ vil gi AI-utviklere en større tilgang til åndsverk og dermed fremme teknologisk innovasjon. For å avklare rekkevidden av «lawfully accessible work» vil det foretas en kontekstuell tolkning av vilkåret.

Punkt 14 i fortalen til digitalmarkedsdirektivet gir veiledning for hvordan vilkåret «lawful access» skal tolkes i artikkel 3. Siden artikkel 3 regulerer retten til midlertidig eksemplarframstilling for forskningsinstitusjoner og kulturarvinstitusjoner, og artikkel 4 nr. 3 henviser til artikkel 3, tilsier en kontekstuell tolkning av vilkårene at de har samme innhold.

Det fremkommer av fortalen punkt 14 at vilkåret «lawful access» også omfatter «[...] content that is freely available online.»¹⁵²(min kursivering). Ordlyden tilsier at bruk av åndsverk som er tilgjengelig på internett uten betalingsmur omfattes av lovlighetsvilkåret. En slik tolkning utvider omfanget av artikkel 4. For opphaveren, som har tillatt avisen å publisere gratisartikkelen, innebærer dette at vedkommende blir tilskrevet en konkludent atferd som godtar at andre kan reprodusere utdraget. Dette svekker opphaverens råderett over sitt eget åndsverk, og vil gjøre det vanskelig for han å ivareta sine økonomiske interesser.

Spørsmålet er derfor om det er tilstrekkelige rettskildemessige holdepunkter for at art. 4 sammenholdt med fortalen punkt 14, kan tolkes slik at den gir teknologiselskapene en hjemmel for å bruke gratis tilgjengelig åndsverk til trening av AI.¹⁵³

¹⁵¹ Jf. en kontekstuell tolkning av bestemmelsen.

¹⁵² Digitalmarkedsdirektivet fortalen punkt 14 siste setning.

¹⁵³ Jf. bla. C-345/13, avsnitt 31.

Fortalen punkt 14 gir et tolkningsbidrag til hvordan lovlighetsvilkåret skal forstås, men fortalen er ikke rettslig bindende.¹⁵⁴ I tillegg regulerer punkt 14 i utgangspunktet artikkel 3, og forskningsformål har større samfunnsinteresse sammenlignet med kommersialisering. Dette kan tilsa at lovgiver har ønsket å gi en særskilt adgang til TDM-unntak for forskningsformål. Dette svekker den rettskildemessige vekten til fortalens tolkningsbidrag.

Videre skal artikkel 4 tolkes i samsvar med opphavsrettsdirektivet artikkel 2, som fastsetter opphaverens enerett.¹⁵⁵ EU-domstolen har lagt til grunn at omfanget av unntak og begrensninger fra rettigheter i opphavsrettsdirektivet skal tolkes strengt.¹⁵⁶ Dette tilsier at det bør utvises forsiktighet med en utvidende tolkning av vilkåret «lawfully accessible» i artikkel 4. En tolkning som åpner for økonomisk snylting på opphaverens økonomiske interesser, vil også bryte med opphavsrettens grunnleggende formål. Det er derfor ikke rettskildemessige holdepunkter for å tolke vilkåret «lawfully accessible» utvidende. Artikkel 4. nr.1 gir ikke AI-utviklere rett til å bruke åndsverk som er gratis tilgjengelig på internett.

4.2.2 Et formålskrav om TDM

Artikkel 4 nr. 2 angir at den midlertidige eksemplarfremstillingen kan beholdes «as long as [...] necessary» for formålet om TDM. En ordlydstolkning angir at den midlertidige lagringen som oppstår i AI-treningsprosessen må opphøre når formålet ikke lenger er TDM.

Som tidligere nevnt, vil åndsverk inngå i AI-treningsprosessen for at algoritmene skal kunne analysere mønstre og systemer i store tekstmasser.¹⁵⁷ Den midlertidige lagringen som oppstår i datainnsamlingsfasen vil være uproblematisk for oppfyllelsen av dette vilkåret, ettersom lagringen skjer for å analysere mønstre og systemer.¹⁵⁸

Imidlertid stopper ikke treningsprosessen ved datainnsamlingsfasen.¹⁵⁹ Når dataen er ferdig innsamlet, vil åndsverket bli midlertidig lagret i datafiltreringsfasen.¹⁶⁰ Det problematiske ved overgangen fra datainnsamlingsfasen og til datafiltreringsfasen er at formålet med den midlertidige lagringen på et tidspunkt vil skifte fra TDM til maskinlæring. Ettersom ordlyden oppstiller krav om TDM som formål, vil maskinlæring ikke omfattes av vilkåret.

¹⁵⁴ Se delkapittel 1.4.3.

¹⁵⁵ Jf. ordlyden i art 4 nr.1.

¹⁵⁶ Jf. C-6/08, avsnitt 56; C-302/10; c-403/08.

¹⁵⁷ Se delkapittel 2.2.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Ibid.

¹⁶⁰ Ibid.

Sammenlignet med kravet som oppstilles i opphavsrettsdirektivet artikkel 5 nr. 1, som krever at den midlertidige lagringen må være en nødvendig del av hele den tekniske prosessen.¹⁶¹ Vil et vilkår som skiller mellom tekniske metoder være mindre fleksibelt og hemme den teknologiske utviklingen. Derfor fremstår vilkåret i digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 nr. 2 som mindre egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.

I et rettspolitisk perspektiv er det uheldig å ha et vilkår om TDM som formål, fordi det vil skape et fragmentert rettskildebilde. Etersom hele AI-treningsprosessen omfattes av åndsverkloven § 4, mens maskinlæring vil falle utenfor digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 nr. 2. Vil dette skape en uforutberegnelig rettsstilling for AI-utviklere.

Vilkåret vil gjøre det vanskelig å skape en rimelig balanse mellom partene. Ved innføringen av bestemmelsen i norsk rett bør man av hensyn til koherens og forutberegnelighet, unngå en ordlyd som skaper motstrid med åndsverkloven § 4. For å oppnå en rimelig balanse mellom interessene bør det av hensyn til teknologisk innovasjon, ikke innføres et vilkår som skiller mellom tekniske prosesser

4.2.3 Opphaverens reservasjonsrett

Det fremgår av artikkel 4 nr. 3 at unntaket eller begrensningen i artikkel 4 nr. 1 kun gjelder dersom rettighetshaveren ikke har «expressly reserved» seg mot utnyttelse av åndsverket. En naturlig forståelse av vilkåret angir at opphaveren må foreta en uttrykkelig reservasjon. Denne reservasjonen kalles en *opting out* klausul (opt-out klausul).¹⁶²

Reservasjonen omfatter «works [...] referred to in [paragraph 1]». ¹⁶³ Første avsnitt gjør, som nevnt i punkt 4.2.1, unntak fra eneretten for reproduksjon og uttrekk av lovlig tilgjengelige verk med formål om TDM. Dette innebærer at det må foretas en konkret vurdering av lovligheten av de brukte åndsverkene, noe som taler for at reservasjonen omfatter bestemte åndsverk. I tillegg vil en generell reservasjon ha vanskeligheter med å oppfylle formkravene som stilles.¹⁶⁴

Opt-out klausulen gir tilsynelatende opphaveren en fordel ved å kunne forhindre at åndsverket benyttes til AI-trening. Denne rettigheten kan skape store utfordringer for AI-utviklingen. Det må derfor drøftes om innføringen av en opt-out klausul etter digitalmarkedsdirektivet artikkel

¹⁶¹ Se delkapittel 3.3.2.

¹⁶² USLegal, «*opt-out clause law and legal definition*» (u.å og n.n).

¹⁶³ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 nr. 3.

¹⁶⁴ Se delkapittel 4.2.3.1.

4 nr. 3, er egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.

For at opt-out klausulen skal være gyldig, må den oppfylle bestemte formkrav. Reservasjonen må gis i en «appropriate manner, such as machine-readable means in the case of content made publicly available online».¹⁶⁵ Fordi trening av AI kun omfatter verk som er «made publicly available online» er det kun kravet til «machine-readable» som vil drøftes i det følgende.

4.2.3.1 Krav til maskinlesbarhet

Uttrykket «machine-readable» tilsier at reservasjonen må kunne leses av datasystemet. Det fremgår av fortalen at maskinlesbarhet innebærer at reservasjonen må gjøres gjennom «metadata *and* terms and conditions of a website or a service.»¹⁶⁶ (min kursivering). En ordlydstolkning av «and» angir at reservasjonen må inneholde både metadata og vilkår og betingelser.

Metadata kan forklares som beskrivende datainformasjon.¹⁶⁷ For tankens skyld kan den sammenlignes med menneskelig DNA, ettersom den inneholder oppskriften for hvordan nettsiden fungerer innvendig.¹⁶⁸ Dette er en forskjell fra vilkår og betingelser som uttrykkes på nettsiden utad. For eksempel har den norske nettavisen Aftenposten et vilkår og en betingelse på nettsiden om at «[k]opiering av materiale fra Aftenposten for bruk annet sted, crawling, skraping, indeksering (for eksempel tekst og datamining) er ikke tillatt uten avtale».¹⁶⁹ I hvilken grad maskinlesbare vilkår fungerer i praksis, er som følge av den manglende transparensen ved AI-trening, vanskelig å vurdere.

Utover metadata og vilkår og betingelser, er det usikkert om andre beskyttelsestiltak vil omfattes av vilkåret «machine-readable». For eksempel er programmeringsfilen robots.txt, som forhindrer algoritmer å søke gjennom hele den aktuelle nettsiden for å finne og samle inn relevant datainformasjon, blitt en utbredt måte å stanse AI-trening på.¹⁷⁰ Imidlertid defineres Robots.txt ikke som metadata.¹⁷¹ Fordi robots.txt er et beskyttelsessystem, er det i høringsnotatet for gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivet i norsk rett, foreslått at

¹⁶⁵ Digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 nr. 3.

¹⁶⁶ Fortalen punkt 18 annet avsnitt.

¹⁶⁷ Krantz (2021).

¹⁶⁸ Krantz (2021).

¹⁶⁹ <https://www.aftenposten.no/> (lest 06.05.2024).

¹⁷⁰ Robotstxt, «*about/robots.txt*» (u.å og n.n); Kultur og likestillingsdepartementet (2023) punkt 3.6.5.

¹⁷¹ Paine (2021).

robots.txt skal omfattes fordi det er «[...] en maskinlesbar måte å begrense tilgang og bruk [av åndsverk] på». ¹⁷² Høringsnotatet har begrenset rettskildemessige vekt, men høringsnotatet illustrerer at man vil kunne få ulike tolkninger av de tekniske kravene som stilles.

Siden digitalmarkedsdirektivet er et minimumsdirektiv, er det adgang til en strengere regulering i nasjonal rett. Imidlertid kan en tillatelse av beskyttelsestiltak som ikke utledes av ordlyden medføre usikkerhet om hvilke tiltak som faktisk oppfyller reservasjonskravene. I tillegg vil ulik regulering kunne påvirke konkurransevilkårene for teknologiselskapene, noe som vil være uheldig for et felles indre marked for teknologisk innovasjon. For å klarlegge innholdet av vilkåret «machine-readable» er det hensiktsmessig å analysere hvordan EU-domstolen har forsøkt å løse tilsvarende utfordringer tidligere.

C-392/19 (VG Bild-Kunst) gjaldt en tvist mellom VG Bild-Kunst, en opphavsrettsorganisasjon for visuell kunst og SPK, en kulturarvstiftelse. VG Bild-Kunst nektet å inngå en lisensavtale med SPK for bruk av deres verkssamling, med mindre avtalen inneholdt en klausul som forplikter SPK til å iverksette effektive teknologiske tiltak for å forhindre at tredjeparter kunne få tilgang til de beskyttede verkene gjennom ‘*framing*’. ¹⁷³

Av hensyn til rettsikkerhet og et velfungerende internett, uttaler EU-domstolen at «[...] the copyright holder *cannot be allowed to limit his or her consent by means other than effective technological measures, within the meaning of Article 6 (1) and (3) of [infosoc-directive]*». ¹⁷⁴ (mine kursiveringer). I en forlengelse av dette trekker EU-domstolen frem at konsekvensene av manglende effektive teknologiske tiltak kan medføre vanskeligheter med å avgjøre «[...] whether that right holder intended to oppose the framing of his or her works. [...]» ¹⁷⁵

Hensynet til rettsikkerhet og et velfungerende internett, er også av sentral betydning for balanseringen mellom opphaverens enerett og teknologisk innovasjon. EU-domstolens resonneringer i *VG Bild-Kunst* bør derfor anvendes analogisk ved tolkningen av vilkåret «machine readable» i digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 nr. 3. Å innfortolke et mer generelt krav om effektive teknologiske tiltak i kravet til «machine-readable», fremfor å spesifisere

¹⁷²Kultur- og likestillingsdepartementet (2023), punkt 3.6.5.

¹⁷³ EU-domstolen definerer «framing» som «[...] dividing a website page into several frames and posting within one of them, by means of a clickable link or an embedded internet link (inline linking), an element coming from another site in order to hide from the users of that site the original environment to which that element, belongs», jf. *C-392/19*, avsnitt 35.

¹⁷⁴ *C-392/19*, avsnitt 46.

¹⁷⁵ *Ibid.*

metoden som foreslått i fortalen, kan forhindre unødvendige tolknings spørsmål ved vurderingen av nye teknologiske prosesser.

4.2.3.2 En mulig effektivisering av opt-out klausulen

Etter artikkel 4 nr. 3 skal reservasjonen gjøres av «rightholders». Dette tilsier at reservasjonen må tas av opphaveren eller av en med tilsvarende rettigheter. Dersom bestemmelsen tolkes slik, som nevnt ovenfor, at opphaveren ikke kan ta en generell reservasjon for alle sine åndsverk, vil det bli en svært ressurskrevende prosess for opphaveren å ivareta sine rettigheter gjennom en opt-out klausul.

Hvor praktisk gjennomførbar opt-out klausulen vil være avhenger av hvorvidt vilkåret «rightholders» omfatter kollektive forvaltningsorgan.¹⁷⁶ Ettersom digitalmarkedsdirektivet ikke regulerer problematikken, vil det av hensyn til homogenitetsprinsippet foretas en vurdering av hvordan uttrykket «rettighetshaver» reguleres i tilgrensende lovgivning.

Kollektiv forvaltning av opphavsretten reguleres i direktiv 2014/26/EU (direktiv om kollektiv rettighetsforvaltning).¹⁷⁷ I direktivet defineres «rightholder» som «any person or entity, *other than a collective management organisation*»¹⁷⁸ (min kursivering). Ordlyden avgrenser eksplisitt mot kollektive forvaltningsorgan. Tilsvarende tolkning legges derfor til grunn for forståelsen av vilkåret «rightholders» etter digitalmarkedsdirektivet. Denne tolkningen bidrar til en enhetlig fortolkning av EU-retten.

Fra et rettspolitisk ståsted kan denne tolkningen kritiseres, fordi man får en rettsregel som er ressurskrevende og praktisk vanskelig å fullbyrde for både opphaver og AI-utviklere. For å kunne effektivisere opt-out klausulen, burde det innføres en mulighet for kollektive forvaltningsorgan til å fremsette og ivareta reservasjoner på vegne av opphaveren. Dette vil øke rettssikkerheten til opphaveren og gi AI-utviklerne færre parter å forholde seg til. I det følgende vil det derfor drøftes om innføringen av opt-out klausulen vil være en god regel.

4.2.3.3 Opt-out klausul – en god regel?

Et særtrekk ved norsk og europeisk opphavsrett er at det rettslige vernet oppstår på skapelsestidspunktet.¹⁷⁹ Dette innebærer at opphaveren tradisjonelt sett ikke har hatt behov for

¹⁷⁶ Et kollektivt forvaltningsorgan er «enhver organisasjon som ved lov eller ved overdragelse, lisens eller annen avtale har fullmakt til å forvalte opphavsrett eller nærstående rettigheter på vegne av mer enn én rettighetshaver til felles nytte for disse rettighetshaverne, og som har dette som eneste og viktigste formål», jf. lov 28.mai 2021 nr. 49 om kollektiv forvaltning § 3 (a).

¹⁷⁷ Direktivet er gjennomført i lov om kollektiv forvaltning av opphavsrett.

¹⁷⁸ 2014/26/EU artikkel 3 (c).

¹⁷⁹ Jf. bla. åndsverkloven § 2.

å beskytte sin rett utover å være skaperen av åndsverket. Dette automatiske vernet skiller seg fra andre immaterielle rettigheter som for eksempel patentretten, hvor rettighetshaveren må søke og registrere sin patent for å oppnå patentvern.¹⁸⁰ Ulikheten kan begrunnes i behovet for å beskytte opphaverens originale og individuelt skapende åndsinnset.¹⁸¹

Det opphavsrettslige vernet som oppstår på skapelsestidspunktet, utgjør en forskjell fra amerikansk opphavsrett hvor beskyttelsen oppstår på registreringstidspunktet.¹⁸² Fordi USA er tilsluttet Bernkonvensjonen og dens prinsipper om ideell og økonomisk beskyttelse av litterære og kunstneriske verk, tilsier dette at det opphavsrettslige vernet har en dypere rettstradisjonell forankring.

Opt-out klausulen vil påvirke den indre sammenhengen i opphavsretten, derfor er det en svakhet ved regelen at endringen ikke kommenteres utover at formålet for unntakene for midlertidig eksemplarframstilling er å sørge for bedre «legal certainty».¹⁸³ Slik regelen er formulert må det påstås at den heller medfører større rettsusikkerhet.

Reservasjonsretten oppstiller en aktivitetsplikt for rettighetshaverne, og dette kan tilsi at det er opphaveren sitt ansvar å påse at reservasjonen respekteres. Når det skal vurderes hvordan reservasjonsretten skal gjennomføres i norsk rett, kan det i et rettspolitisk perspektiv drøftes om ansvaret for å håndheve reservasjonsretten bør gis til AI-utviklerne. En forflytning av ansvaret fra opphaveren til AI-utviklere, kan støttes ved en analogisk anvendelse av regelen for omvendt bevisbyrde.¹⁸⁴ Bevisbyrden kan snus i lovteksten eller dersom det er sterke momenter for å flytte bevisbyrden over til motparten, for eksempel for å beskytte den svake part.¹⁸⁵

Manglende transparens ved trening av AI gjør det vanskelig for opphaveren å vite om reservasjonen er vellykket og om den overholdes. Etersom AI-utviklerne har ansvaret for teknologien, og dermed større mulighet til å undersøke hvilke åndsverk som benyttes, er de nærmest til å undersøke om det foreligger en reservasjonsrett og respektere denne. I tillegg vil opphaveren ofte være den svake part med begrensede ressurser til å beskytte seg, sammenlignet

¹⁸⁰ LOV-1967-12-15-9 § 21.

¹⁸¹ Åndsverkloven § 2.

¹⁸² Holmstedt og Vyrje (u.å) s. 31.

¹⁸³ Digitalmarkedsdirektivet fortalen punkt 18 (1).

¹⁸⁴ Robberstad (u.å) s. 9.

¹⁸⁵ Robberstad (u.å) s. 9-12.

med teknologiselskapene. Ulik ressursfordeling tilsier at AI-utviklerne bør ha bevisbyrden. Det er derfor gode grunner til å snu bevisbyrden i tvister om reservasjonsretten.

Hensikten med digitalmarkedsdirektivet artikkel 4, og særlig reservasjonsretten, er å skape en bedre regulering for AI-utvikling.¹⁸⁶ Imidlertid er det foreløpig for mye usikkerhet knyttet til regelens omfang og effektivitet, til at den kan sies å forbedre rettstilstanden. En reservasjonsplikt for opphaveren anses ikke som den beste løsningen for å balansere eneretten og hensynet til teknologisk innovasjon. I det neste kapitlet vil det drøftes hvorvidt innføringen av AI-forordningen, kan bidra til å oppklare utfordringene som har oppstått i lys av tidligere forsøk på å løse spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening.

¹⁸⁶ Bestemmelsen ble innført som et svar på kritikken for manglende regulering, jf. delkapittel 4.2.

5 Det første juridiske rammeverket for AI i Europa

5.1 AI-forordningen og ansvarssubjektet

I dette kapittelet vil det drøftes om en generell lovregulering av AI, vil samle det fragmenterte rettskildet og gjøre det lettere å oppnå en rimelig balanse mellom de motstridende interessene, når åndsverk brukes til AI-trening. AI-forordningen er en produktansvarslov.¹⁸⁷ Dette innebærer at det hovedsakelig stilles krav til utviklere og tilbydere av AI, i forordningen omtalt som «providers».¹⁸⁸ I artikkel 3 nr. 3 fremgår følgende legaldefinisjon for AI-providers:

«a natural or legal person, public authority, agency or other body that develops [...] or that has AI system or a general-purpose AI model developed [...] or puts the AI system into service under its own name or trademark [...]

Legaldefinisjonens vide ordlyd fordeler ansvaret for AI-systemet eller AI-modellen mellom en rekke aktører med tilknytning til AI-en. Uttrykket «other body» tilsier at listen med aktører ikke er uttømmende. En utvidet ansvars plassering vil kunne forbedre rettsikkerheten til opphaveren, ved at vedkommende gis mulighet til å fremsette krav mot flere ansvarlige parter.

Hvilke krav AI-providers må overholde avhenger av AI-systemet eller AI-modellen. Det er tekniske detaljer som skiller de to kategoriseringene.¹⁸⁹ Som tidligere nevnt i delkapittel 2.2, er det trening av AI-modellen som er problematisk. Det avgrenses derfor mot en nærmere vurdering av ulikheten mellom AI-systemer og AI-modeller.

5.2 Risikobasert regulering av AI-modeller

5.2.1 AI-grunnmodell

Et av formålene med AI-forordningen er å ha proporsjonale og effektivt gjennomførbare regler for reguleringen av AI.¹⁹⁰ Et tiltak for å oppnå dette, er å tilpasse reguleringen etter risikoen AI-en utgjør.¹⁹¹ Derfor kategoriseres AI-modellene som *general purpose models (GPAI)* oversatt til grunnmodell, og AI-grunnmodell med systemrisiko.¹⁹²

AI-modellen er en grunnmodell dersom den er:

¹⁸⁷ Valevatn (u.å), plansje 12.

¹⁸⁸ I mangel på en egnet oversettelse, vil det engelske uttrykket «providers» benyttes i dette kapittelet.

¹⁸⁹ AI-forordningen fortale punkt 97.

¹⁹⁰ AI-forordningen fortale punkt 26.

¹⁹¹ EU Artificial Intelligence Act (2024) (n.n).

¹⁹² AI-forordningen fortale punkt 97.

«[T]rained with a large amount of data using self-supervision at scale, that displays significant generality and is capable of competently performing a wide range of distinct tasks [...] and that can be integrated into a variety of downstream systems [...], except AI models [...] used for research, development or prototyping activities before they are released on the market»¹⁹³ (mine kursiveringer).

Vilkåret «trained with a large amount of data», i den ovennevnte definisjonen, er klart oppfylt for AI-modellene, herunder GPT som denne avhandlingen har tatt utgangspunkt i. Vilkåret «self-supervision at scale» tilsier at AI-modellen må fungere på egenhånd uten særlig menneskelig innblanding. Dette vilkåret er også uproblematisk for disse AI-modellene.¹⁹⁴ Videre oppstiller ordlyden to krav til AI-modellens anvendelighet. Den må ha et bredt anvendelsesområde og kunne integreres i ulike AI-systemer, for eksempel ChatGPT, Bestemmelsen avgrenser derfor mot AI-modeller med et spisset bruksområde.

5.2.2 Krav til AI-grunnmodell med systemrisiko

I AI-forordningen artikkel 3 nr. 65 legaldefineres en grunnmodell med systemrisiko, som en modell som er:

«[S]pecific to the high-impact capabilities of general-purpose AI models having a *significant impact* on the Union market due to their reach, or [...] actual or reasonably foreseeable *negative effects* on public health, safety, public security, fundamental rights, or the society as a whole, that can be propagated at scale across the value chain»¹⁹⁵ (mine kursiveringer).

Bestemmelsen omfatter AI-grunnmodeller som har høy påvirkningsevne på EUs indre marked, på grunn av dens omfang eller negativ påvirkning på viktige samfunnsområder, eller samfunnet som helhet. Mer avanserte AI-grunnmodeller, for eksempel GPT-4 kan tenkes å utgjøre en systemrisiko fordi den har større kapasitet og mulighet for en dypere forståelse sammenlignet med tidligere modeller.¹⁹⁶ En AI-grunnmodell med systemrisiko må gjennomgå grundige evalueringer, og eventuelle alvorlige hendelser må innrapporteres til AI-Office.¹⁹⁷

¹⁹³ AI-forordningen artikkel 3 avsnitt 63.

¹⁹⁴ Se delkapittel 2.2.2.

¹⁹⁵ Artikkel 3 avsnitt 65.

¹⁹⁶ EU-parlamentet (2023) (n.n).

¹⁹⁷ AI-forordningen artikkel 55.

AI-office er et nylig opprettet overvåkningsorgan i EU som skal bidra til i overvåking av AI-utviklingen.¹⁹⁸ AI-office skal ikke vurdere om et åndsverk brukt til AI-trening krenker opphavsretten.¹⁹⁹ Det avgrenses derfor mot en nærmere vurdering av dette EU-organet.

Sammenlignet med TDM-definisjonen i digitalmarkedsdirektivet, er definisjonen for AI-grunnmodeller bedre egnet til å håndtere teknologisk utvikling. Dette skyldes et større fokus på formålet og sluttbruken, fremfor teknologiske detaljer i treningsprosessen. Når det gjelder en innføring av en risikobasert regulering, retter denne seg mot AI-modellens påvirkning på samfunnet. Dermed vil ikke en strengere regulering av AI påvirke balansen mellom opphaverens rettigheter og teknologisk innovasjon. Spørsmålet som vil drøftes i det følgende er om transparenskravene som oppstilles for AI-grunnmodeller, er egnet til å skape en rimelig balanse mellom eneretten og hensynet til teknologisk innovasjon.

5.2.3 Transparenskrav for AI-trening

Når spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening har vært forsøkt løst etter åndsverkloven, opphavsdirektivet og digitalmarkedsdirektivet, har manglende transparens ved AI-trening vært et gjentakende problem. Derfor vil det drøftes om en innføring av et transparenskrav for AI-grunnmodeller vil medføre en rimelig balanse mellom eneretten og hensynet til teknologisk innovasjon.

AI-forordningen artikkel 53 (1) bokstav d oppstiller et obligatorisk transparenskrav ved trening av AI-grunnmodeller. AI-providers skal utforme et «publicly available [...] *sufficiently detailed summary* about the *content used for training* [...]» (min kursivering). En ordlydstolkning indikerer at det skal offentliggjøres et tilstrekkelig detaljert sammendrag med informasjon om treningsdataen. AI-office skal utvikle en mal som skal være enkel og effektiv å følge.²⁰⁰ Siden denne malen foreløpig ikke eksisterer, er det på dette tidspunktet for tidlig å avgjøre om et slik vilkår vil fungere i praksis.

Ettersom AI-forordningen ikke er vedtatt, er det vanskelig å avgjøre hvilken betydning den faktisk vil ha for balanseringen av eneretten og hensynet til teknologisk innovasjon. En fordel ved å innføre et transparenskrav er at opphaverne får en bedre mulighet til å ivareta sine rettigheter. En utfordring ved innføringen av et transparenskrav, er at den kan bli ressurskrevende å overholde ved bruk av store mengder treningsdata. Hvis dette blir tilfellet

¹⁹⁸ AI-forordningen fortale punkt 47.

¹⁹⁹ AI-forordningen fortale punkt 108.

²⁰⁰ AI-forordningen fortale punkt 107.

har OpenAI allerede varslet at de flytter bedriften ut av Europa til fordel for USA.²⁰¹ Siden det er for tidlig å avgjøre effekten av transparenskravet, er det mer interessant å vurdere om AI-forordningen bidrar til en forbedring av reservasjonsretten i digitalmarkedsdirektivet.

5.2.4 Reservasjonsretten i lys av AI-forordningen

AI-forordningen artikkel 53 bokstav C regulerer forholdet mellom AI-trening og opphavsretten. Bestemmelsen angir at AI-providers må utarbeide en «policy» som overholder EUs opphavsrettslovgivning, med særskilt fokus på å «*identify and comply with, including through state of the art technologies, a reservation of rights expressed pursuant to article 4(3) of Directive (EU) 2019/790*» (mine kursiveringer).

Bestemmelsen forstås slik at AI-providers må utvikle retningslinjer for å identifisere og overholde reservasjonen, fastsatt i medhold av digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 (3). Ordlyden er taus om hvor omfattende retningslinjene må være. Ved en kontekstuell tolkning av bestemmelsen, tilsier kravet til detaljert sammendrag, se punkt 5.3, at kravet til retningslinjene bør oppstilles innenfor rimelighetens grenser.

I drøftelsen av reservasjonsretten i digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 (3), var en av utfordringene at bestemmelsen plasserte hele ansvaret for å sikre reservasjonsretten på opphaverne. Dette gjorde det utfordrende å oppnå en rimelig balanse mellom eneretten og hensynet til teknologisk innovasjon.²⁰² AI-forordningen artikkel 53 (1) bokstav c bidrar til en forbedring av denne balansen, fordi det kreves at opt-out klausulen skal identifiseres og overholdes gjennom «state of the art technologies».²⁰³ Et krav om å benytte den nyeste teknologien, innebærer at AI-providers ikke kan fraskrive seg ansvar ved å benytte eldre teknologi. Dette medfører at en del av ansvaret forskyves fra opphaverne til AI-providers. Dette vil medføre en rimelig balanse mellom opphaverens interesser og hensynet til teknologisk innovasjon.

Ved en gyldig og identifisert opt-out klausul fastsetter AI-forordningen artikkel 53 (1) bokstav c at AI-providers må «obtain an autohorization from rightsholders» dersom de ønsker å bruke åndsverket. Siden det ikke er et krav om å registrere åndsverket for å oppnå en beskyttelse etter EU-retten, har ikke AI-providers et oppdatert register å forholde seg til. Dette medfører at det

²⁰¹ AI-forordningen fortalen punkt 107.

²⁰² Se delkapittel 4.2.3.3.

²⁰³ AI-forordningen artikkel 53 (1)(c).

vil bli en ressurskrevende prosess å forhandle og sikre samtykke fra samtlige rettighetshavere. Dette vil være en begrensning av hensynet til teknologisk innovasjon.

I delkapittel 4.2.3.2 ble spørsmålet om hvorvidt «rightholders» etter digitalmarkedsdirektivet artikkel 4 nr. 3, omfatter kollektive forvaltningsorgan drøftet. AI-forordningen regulerer heller ikke spørsmålet om kollektive forvaltningsorgan sin adgang til å fremsette og håndheve reservasjoner på vegne av opphavere. I likhet med vurderingen i delkapittel 4.2.3.2 tilsier homogenitetsprinsippet at vilkåret «rightholders» i AI-forordningen artikkel 53 (1) bokstav c, skal tolkes slik at det avgrenses mot kollektive forvaltningsorgan.

Som en følge av at digitalmarkedsdirektivet er teknologinøytralt og ikke tilpasset utfordringene som AI reiser, kan dette begrunne en manglende regulering av spørsmålet. Derimot skal AI-forordningen forsøke å regulere AI-utvikling. På grunn av den omfattende bruken av åndsverk som inngår i AI-trening, er det en svakhet at AI-forordningen ikke belyser den ressurskrevende problematikken som oppstår når AI-utviklerne må forholde seg til et stort antall rettighetshavere. Særlig i lys av at vilkåret «rightsholders» burde omfattet kollektive forvaltningsorgan. En slik løsning vil gjøre det lettere å fullbyrde en opt-out klausul for både opphavere og AI-utviklere.

Selv om et kollektivt forvaltningsorgan vil kunne gjøre en opt-out klausul mindre ressurskrevende, er det først og fremst et tiltak som supplerer en lovbestemmelse som ikke egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon ved bruk av åndsverk til AI-trening. Derfor vil det i det følgende drøftes om en innføring av den amerikanske *fair use*-regelen i EU-retten og norsk rett, vil være mer hensiktsmessig for å oppnå en rimelig balanse mellom de motstridende interessene ved trening av AI.

6 En europeisk fair use- regel?

6.1 Er bruk av åndsverk til trening av AI, fair use?

I dette kapitlet vil det drøftes hvorvidt bruk av åndsverk til AI-trening vil være *fair use*. Deretter vil det foretas en rettspolitisk vurdering av om *fair use*-regelen bør gjennomføres i EU/EØS-retten.

For at bruk av åndsverk til trening av AI skal være *fair use* må det foretas en konkret helhetsvurdering av fire kumulative vilkår: i) «*the purpose and character of the use*», ii) «*the nature of the copyrighted work*», iii) «*the amount or substantiality of the portion used*» og iv) «*the effect of the use on the potential market for or value of the work*».²⁰⁴ Samtlige vilkår må oppfylles, men graden av oppfyllelse avhenger av den relative vekten vilkårene tillegges i vurderingen.²⁰⁵ Siden regelen beror på en konkret helhetsvurdering, vil det som eksempel tas utgangspunkt i den anførte argumentasjonen i den pågående saken mellom *NYT* og *OpenAI*.

4.2.4 Kravet til brukens karakter og formål

Vilkåret «*purpose and character of the use*» innebærer en vurdering av om brukens karakter og formål kan rettferdiggjøre den påståtte krenkelsen.²⁰⁶ Amerikansk rettspraksis viser at domstolene i større grad vektlegger utdanningsformål fremfor rent kommersielle formål.²⁰⁷ For bruk av åndsverk til trening av AI-modeller som *OpenAI* sin GPT-modell, vil bruk av åndsverk for å oppnå en økonomisk fordel tale imot *fair use*.²⁰⁸

Når det gjelder vurderingen av brukens karakter har amerikanske domstoler trukket et skille mellom reproduksjon og transformasjon av åndsverket.²⁰⁹ Transformativ bruk innebærer at åndsverket modifiseres eller endrer karakter av en slik grad, at det skapes et nytt uttrykk eller formål.²¹⁰

I den pågående saken mellom *NYT* og *OpenAI*, påstår *OpenAI* at deres bruk av åndsverk til å trene AI-modellen «*serves a new «transformative» purpose*», og at bruken derfor er *fair use*.²¹¹

²⁰⁴ Vilråene er kodfisert i 17. U.S.C § 107.

²⁰⁵ Secor og Stim (u.å).

²⁰⁶ Jf. 17. U.S.C § 107.

²⁰⁷ Amin (2017).

²⁰⁸ Coffman (2023).

²⁰⁹ University of Minnesota (u.å og n.n).

²¹⁰ Ibid.

²¹¹ Stevningen fra *NYT* mot *OpenAI* (2023), s. 4 punkt 8.

NYT mener at dette ikke er tilfellet, fordi bruken skaper produkter og resultater som vil være i direkte konkurranse med *NYT* sine økonomiske interesser.²¹² Det interessante ved *NYT* sin argumentasjon er at det fremstår som at de ønsker å knytte kravet til bruken mellom treningsprosessen og de konkrete resultatene som genereres av AI. Ettersom anførselen ikke er prøvd for domstolen, vil det foretas en vurdering av hvordan amerikanske domstoler tidligere har behandlet lignende spørsmål.

Authors Guild v. Google, inc., No.13-4829 (Authors Guild) gjaldt spørsmål om skanning og digitalisering av opphavsrettslig beskyttede bøker, som ble benyttet i en online søkbar database, oppfylte kravet til *fair use*. Et sentralt spørsmål for domstolen var hvorvidt bruken var transformativ. Siden det var maskinlæring som ble benyttet til skanning og digitalisering, kan vurderingen gi føringer for hvordan domstolene kommer til å vurdere spørsmålet om AI-trening.

Ved vurderingen av om skanning og digitalisering av bøkene gjennom maskinlæring oppfylte kravet til transformativ bruk, uttalte domstolen at:

«[T]he more the appropriator is using the copied material for new, transformative purposes, the more it serves copyright's goal of enriching public knowledge and the less likely it is that the appropriation will serve as a substitute for the original [...]».²¹³

Domstolens uttalelse åpner for en vurdering av om bruken kan bidra til å øke offentlig kunnskap. Er dette tilfellet vil bruken i mindre grad konkurrere mot originalen. Googles formål med kopieringen var å tilby informasjon om de originale verkene som ellers ikke ville vært tilgjengelige, og vilkåret var derfor oppfylt.²¹⁴ Siden bruken av åndsverk til AI-trening, kan bidra til å identifisere mønstre som tidligere bare var assosiert med menneskelig intelligens, kan det hende at domstolen, i likhet med tilfellet i *Authors Guild*, kommer til at bruken er *fair use*.

4.2.5 Kravet til åndsverkets karakter

Vilkåret «the nature of the copyrighted work» retter seg mot åndsverkets karakter.²¹⁵ Rettspraksis viser at domstolene skiller mellom åndsverk som er sakprosa og fiksjon, hvor bruk

²¹² Stevningen fra *NYT* mot *OpenAI* (2023), s. 4 punkt 8.

²¹³ *Authors guild v. Google* s. 16 punkt 10-13.

²¹⁴ Stevningen fra *NYT* mot *OpenAI* (2023), s. 18 punkt 14.

²¹⁵ Jf. 17. U.S.C § 107.

av førstnevnte i større grad taler for *fair use*.²¹⁶ En årsak til dette kan være at samfunnet har et større behov for fakta. I tillegg er det ikke et like stort behov for å beskytte opphaverens kreativitet sammenlignet med fiksjon. I *NYT v. OpenAI* mener *NYT* at deres nyhetsartikler og dybdeartikler o.l. har inngått i AI-treningen.²¹⁷ Siden artiklene ikke er fiksjon, kan artiklenes karakter tale for at bruken er *fair use*.

Imidlertid har dette vilkåret sjeldent avgjørende betydning i helhetsvurderingen.²¹⁸ I *Authors Guild*, så domstolen vilkåret i sammenheng med den transformativ bruken, og vektla at Googles bruk av åndsverk la til rette for en ny måte å presentere informasjonen på. Dersom domstolen vektlegger AI-modellens evne til å identifisere mønstre, kan også dette vilkåret tale for at bruken er *fair use*.

4.2.6 Krav til mengden åndsverk som brukes

Det tredje vilkåret åpner for en vurdering av «the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole». ²¹⁹ Dette innebærer en proporsjonalitetsvurdering av mengden verk som utnyttes og mengdens betydning for åndsverket som helhet. Dette vilkåret taler stort sett alltid mot *fair use*, og særlig i tilfeller hvor hele åndsverk kopieres.²²⁰ Det kan tenkes at dette vilkåret, i likhet med tidligere nevnte vurderinger i EU-retten, vil være vanskelig å avgjøre på grunn av manglende transparens ved AI-trening. Fordelen med den amerikanske *fair use*-regelen, er at én krevende vurdering kun er et moment i den konkrete helhetsvurderingen.

I *Authors Guild* foretar domstolen en vurdering av hvordan vilkåret er løst i tidligere saker.²²¹ Google kopierte alt i bøkene og i lys av tidligere rettspraksis taler dette imot *fair use*.²²² Imidlertid velger domstolen å ikke følge tidligere rettspraksis, og legger derfor avgjørende vekt på at ikke hele boken ble tilgjengeliggjort for allmennheten.²²³ Google publiserte kun tre utdrag av spesifiserte ord eller uttrykk.²²⁴ Denne vurderingen kan tale for at bruk av åndsverk til AI-trening er *fair use*, ettersom allmennheten ikke får tilgang til treningsmaterialet.

²¹⁶ Secor og Stim (u.å).

²¹⁷ Stevningen fra *NYT* mot *OpenAI* (2023), s. 2 punkt 2.

²¹⁸ *Authors Guild v. Google* s 27 punkt 2.

²¹⁹ Jf. 17. U.S.C § 107.

²²⁰ Coffman (2023).

²²¹ *Authors Guild v. Google* s. 30 avsnitt 1-17.

²²² *Authors Guild v. Google* s. 31-32.

²²³ *Authors guild v. Google* s. 30 avsnitt 18-19.

²²⁴ *Authors guild v. Google* s. 8 avsnitt 5.

4.2.7 Skjønnsmessig vurdering av kravet til økonomisk verdi.

Vilkåret «the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work» åpner for en vurdering av den aktuelle bruke, i lys av det potensielle markedet eller verdien av åndsverket.²²⁵ *NYT* anfører at de vil påføres et økonomisk tap, ved å miste lesere og abonnenter, dersom allmennheten får tilgang til deres åndsverk gjennom *OpenAI* sine AI-modeller.²²⁶

I *Authors Guild* anerkjente domstolen at Googles bruk ville medføre et økonomisk tap for Authors Guild. Likevel var ikke dette tilstrekkelig, ettersom bruken må medføre «a meaningful or significant effect upon the potential market for or value of the copyrighted work».²²⁷ Domstolen legger opp til en skjønnsmessig vurdering som gjør det utfordrende å fastslå hvorvidt det konkrete økonomiske tapet som *NYT* mener de er påført er tilstrekkelig. Dermed er det usikkert om *NYT* får medhold i påstanden om økonomisk tap.

4.3 En fleksibel unntaksregel veien å gå?

En *fair use*-regel er egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon, fordi det vil foretas en konkret helhetsvurdering. Imidlertid vil mulighetene for en skjønnsmessig vurdering svekke forutberegneligheten til det rettslige utfallet. Dermed er det mer eller mindre umulig å ta et generelt standpunkt om hvorvidt bruk av åndsverk til AI-trening er *fair use*.

Dermed oppstår spørsmålet om man skal innføre en fleksibel regel som fanger opp teknologiske endringer og dermed er bedre egnet til å skape en rimelig balanse mellom de motstridende interessene, eller om man skal fastholde på spesifikke unntaks- og avgrensingsregler som er bedre egnet til å skape forutberegnelighet i EU/EØS-retten.

I denne avhandlingen har spørsmålet om bruk av åndsverk til AI-trening, blitt forsøkt løst etter ulike spesifikke unntaks- og avgrensingsregler. Bestemmelsene i åndsverkloven, opphavsrettsdirektivet og digitalmarkedsdirektivet, viste seg å være for lite fleksible til å kunne løse spørsmålet slik at man oppnår en rimelig balanse mellom de motstridende interessene. Lite fleksible regler reiser utfordrende tolkningsproblemer, som svekker forutberegneligheten til

²²⁵ Jf. 17. U.S.C § 107.

²²⁶Stevningen fra *NYT* mot *OpenAI* (2023), s. 59 punkt 157.

²²⁷ Authors guild v. Google s. 35 avsnitt 6-9.

både opphaverne og AI-utviklere. Et behov for spesifikke unntaks- og avgrensingsregler for å sikre forutberegnelige avgjørelser, er derfor ikke et tungtveiende argument imot innføringen av *fair use*-regelen.

En utfordring ved å innføre en skjønnsmessig *fair use*-regel i EU-retten, er at ansvaret for rettavklaring og rettsutvikling av regelen legges på EU-domstolen. Selv om EU-domstolen har en rolle som rettsutvikler, vil en regel uten klare retningslinjer påføre EU-domstolen en stor arbeidsbelastning. Dette kan medføre at det kan ta flere år før en tvist behandles av domstolen, noe som fra et kommersielt perspektiv ikke er ønskelig.

En skjønnsmessig regel uten klare retningslinjer, vil kunne medføre at nasjonale domstoler behandler like tilfeller ulikt i EU/EØS-retten. Dette vil være uheldig for EU-rettens målsetting om et harmonisert og homogent indre marked. I tillegg vil ulik nasjonal praksis gjøre det krevende for AI-utviklere å tilby produkter på tvers av landegrensene, fordi de risikerer å måtte forholde seg til ulike konkurransevilkår.

Selv om *fair use*-regelen åpner for en skjønnsmessig helhetsvurdering som er egnet til å balansere opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon. Er det en risiko at innføringen av dette rettsinstituttet vil svekke et homogent indre marked, dermed anses det ikke som en hensiktsmessig løsning å innføre denne regelen i EU/EØS-retten. Av hensyn til det indre marked og internasjonale forpliktelser, er *fair use*-regelen ikke aktuell som en egen regel i norsk opphavsrett.

7 Avsluttende refleksjoner

I denne oppgaven har jeg undersøkt hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens rettigheter og hensynet til teknologisk innovasjon, når bruk av åndsverk til AI-trening vurderes etter spesifikke unntaks- og avgrensingsregler. Spørsmålet om bruk av åndsverk til trening av AI er komplekst. Det er ikke bare en vurdering av en ny type teknologi, problemstillingen berører også grunnleggende holdninger i vårt rettssystem. Derfor har det i denne avhandlingen ikke vært mulig å komme frem til en konkret konklusjon på hvordan man kan oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon ved bruk av åndsverk til AI-trening.

Opgaven gir derfor et bidrag til belysningen av hvilke utfordringer som oppstår når lovreglene som skal regulere rettsspørsmålet ikke er fleksible nok til å omfatte teknologisk utvikling. En konsekvens av manglende fleksibilitet er at man risikerer å havne i diskusjoner om teknologiske detaljer, som kan medføre at forutberegneligheten ved å ha spesifikke unntaks- og avgrensingsregler svekkes.

Et stadig forsøk på å regulere den teknologiske utviklingen medfører et fragmentert rettskildebilde dette skaper nye tolkningsflokke fremfor å sikre balansen mellom opphaverens interesser og hensynet til teknologisk innovasjon. Selv om det, som allerede nevnt, burde innføres en lovregulert rett for kollektive forvaltningsorganer til å ivareta opphaverens reservasjonsrett, vil dette være en supplerings av en lovbestemmelse som ikke er egnet til å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon.

En løsning på den komplekse lovreguleringsproblematikken kunne vært å innføre en *fair use*-regel i EU-retten. Selv om denne regelen fremstår som mest egnet til å skape en rimelig balanse mellom rettighetene, vil en gjennomføring av dette rettsinstituttet rokke ved den grunnleggende kontinentaleuropeiske rettstradisjonen og svekke en enhetlig regulering av det indre marked.

Det er viktig å ha en lovregulering som ikke undergraver den kontinentaleuropeiske rettstradisjonen i forsøket på å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon. Uten å forkaste systemet med spesifikke unntaks- og avgrensingsregler, kan det være verdt å stille spørsmål om man bør supplere reglene med bedre kompensasjons- og avtalelisensordninger.

I lys av denne avhandlingen, kan det hende man må erkjenne at den teknologiske utviklingen er for rask til at lovbestemte regler vil kunne regulere alle behov og interesser til enhver tid. I en forlengelse av dette kan man stille seg spørsmålet: Er avtaleretten veien å gå for å oppnå en rimelig balanse mellom opphaverens enerett og hensynet til teknologisk innovasjon, ved bruk av åndsverk til AI-trening?

8 Kilderegister

8.1 Norske rettskilder

lover

1930	Lov 06. juni 1930 nr. 17 om åndsverker.
1961	Lov 15. juni 1961 nr. 40 om opphavsrett til åndsverkloven mv.
1992	Lov 27. november 1992 nr. 109 lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.
2018	Lov 15. juni 2018 nr. 40 om opphavsrett til åndsverk mv.
2021	Lov 28.mai 2021 nr. 49 om kollektiv forvaltning av opphavsrett.

Forarbeider

(Høringsnotat)

Kultur- og likestillingsdepartementet (2023)

Kultur- og likestillingsdepartementet, høring – endringer i åndsverkloven mv. (gjennomføring av digitalmarkedsdirektivet og nett og videresendingsdirektivet.

Innst. 1925

Innstilling til Lov om vern for åndsverker.

NOU 2013:2

Hindre for digital verdiskapning.

Ot.prp. nr. 26 (1959-60)

Lov om opphavsrett til åndsverk.

Ot.prp.nr.22(1930)

Lov om vern for åndsverker.

Ot.prp.nr.46 (2004-2005)

Lov om endringer i åndsverkloven m.m.

Prop. 104 L (2016-2017)

Lov om opphavsrett til åndsverk mv.

Rettspraksis

HR-2017-2165-A

Il Tempo Gigante.

RG-1959-185 s. 187

8.2 Internasjonale rettskilder

EU-rettsakter og internasjonale konvensjoner

Bernkonvensjonen	Bernkonvensjonen om vern av litterære og kunstneriske verk. 9 september 1886. (Norsk oversettelse).
Direktiv 2001/29/EC	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2001/29/EF av 22 mai 2001 om harmonisering av visse sider ved opphavsrett og beslektede rettigheter i informasjonsamfunnet (opphavsrettsdirektivet). (Norsk oversettelse).
Direktiv 2014/26/EU	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2014/26/EF av 26 februar 2014 om kollektiv forvaltning av opphavsrett og beslektede rettigheter samt multiterritoriale lisenser for rettigheter til musikkverk for bruk på nettet i det indre marked (direktiv om kollektiv forvaltning) (Norsk oversettelse).
Direktiv 2019/790/EC	Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2019/790/EF av 17 april 2019 om opphavsrett og beslektede rettigheter i det indre marked og om endring av direktiv 96/9/EF og 2001/29/EF (digitalmarkedsdirektivet) (Norsk oversettelse).

Forarbeider

COM/20150626	<i>Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions towards a modern, more European copyright framework.</i>
--------------	--

Rettspraksis fra EU-domstolen

C-202/12	<i>Innoweb</i> ECLI:EU:C:2013:850
----------	--------------------------------------

C-302/10	<i>Infopaq II</i> ECLI:EU:C:2012:16
C-403/08	<i>Football Association Premier League and Others</i> ECLI:EU:C:2011:631
C-457/11	<i>VG Wort and Others</i> ECLI:EU:C:2013:426
C-466/12	<i>Svensson and Others</i> ECLI:EU:C:2014:76
C-5/08	<i>Infopaq I</i> ECLI:EU:C:2009:465
C-527/15	<i>Filmspeler</i> ECLI:EU:C:2017:300
C-610/15	<i>Stichting Brein</i> ECLI:EU:C:2017:456

Øvrige rettskilder

A9-0188/2023

EU-parlamentets endringsforslag til AI-forordningen. Hentet her:

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2023-0188-AM-808-808_EN.pdf

8.3 Utenlandske rettskilder

Utenlandske lover og forarbeider

1960	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.
1976	Copyright Act of 1976, 17 U.S.C. Hentet her: https://www.copyright.gov/title17/title17.pdf
2014	LBK nr 1144 af 23/10/2014 lov om ophavsret.

Rettspraksis

Authors Guild v.
Google, Inc
13-4829-cv

Hentet her:

<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/ca2/13-4829/13-4829-2015-10-16.html>

Saksdokumenter

2023

The New York Times Company vs. OpenAI INC and Microsoft Corporation

Plaintiff, The New York Times, case 1:23-cv-11195, United States District Court Southern District of New York, 27.12.2023

Hentet fra:

https://s3.documentcloud.org/documents/24238498/nyt_complaint_dec2023.pdf
(lastet ned 01.04.2024).

8.4 Litteratur

Bøker

Baldwin (2014)

Baldwin, Peter, *Three Centuries of Trans-Atlantic battle*, Princeton University Press, 2014.

Fredriksen og Mathiesen
(2019)

Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen, «EU-rett som norsk rettskilde», *juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red), 1.utgave, 2019.

Høgberg (2019)

Høgberg, Alf Petter, «Reelle hensyn», *juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red), 1.utgave, 2019.

Lassen (1978)

Lasse, Birger Stuevold, «om tolkning av opphavsrettslige låneregler», *jus og jord: heidersskrift til Olav Lind på 70-årsdagen*, 1978.

Løvlie (2019)

Løvlie, Anders, «Fakta og juss», *juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red), 1.utgave, 2019.

- Lund (1961) Lund, Torben, *opphavsret*, København gec gads forlag, 1961.
- Mestad (2019) Mestad, Ola, «Rettens kilder og anvendelse», *juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red), 1.utgave, 2019.
- Rognstad (2019) Rognstad, Ole-Andreas og Birger Stuevold Lassen, *Opphavsrett*, 2. utgave. Oslo, 2019.
- Strümke (2023) Strümke, Inga, *Maskiner som tenker – algoritmenes hemmeligheter og veien til kunstig intelligens*, 2023.

Juridiske artikler

- Antonsen og Oddbjørnsen (2023) Antonsen, Regine Skjeltnor og Oddbjørnsen, Stian Hultin, «*Mens vi venter på noe godt? Gjennomføringen av digitalmarkedsdirektivet med fokus på unntakene for tekst- og datautvinning og betydningen for opphavsrett*», Lov&Data 2023 nr. 4, 2023. Hentet fra: <https://lovdata.no/pro/#document/JUS/lod-2023-156-27?searchResultContext=1479&rowNumber=10&totalHits=64> (Lest 01.04.2024 i databasen).
- Amador (2009) Amador, Barrientos Maynor, «*The Anglo-American Copyright Law and Nineteenth Century Commercial Writers*» Revista de Lenguas Modernas, 2009. Hentet fra: https://www.researchgate.net/publication/265535510_The_Anglo-American_Copyright_Law_and_Nineteenth-Century_Commercial_Writers (Lest 03.05.10).
- Amin (2017) Amin, Kemi, “*four factors of fair use- first factor: the purpose and character of the use*”, UCSF Library (22.02.2017). Hentet fra: <https://www.library.ucsf.edu/news/four-factors-of-fair-use-the-first-factor-the-purpose-and-character-of-the-use/> (lest 01.03.2024).
- Coffman (2023) Coffman, Cala, “*Does the use of copyrighted works to train AI qualify as a fair use*”, Copyright alliance ,11.04.2023. Hentet fra: <https://copyrightalliance.org/copyrighted-works-training-ai-fair-use/> (lest 01.03.2023).

- Franklin (2012) Franklin, Christian, «*om innholdet i og rekkevidden av det EØS-rettslige prinsippet om direktivkonform fortolkning*», jussens venner vol. 47, 2012. <https://doi.org/10.18261/ISSN1504-3126-2012-05-01>.
- Holmstedt og Vyrje (u.å) Holmstedt, Marie-Louise og Magnus Stray Vyrje, «*scenekunstens rettigheter*», Teaterforlaget Nordiska ApS, ukjent år. Hentet fra: <https://nordiska.dk/wp-content/uploads/Scenekunstens-rettigheder-norsk-webonly.pdf> (Lest 01.05.2024).
- Koch og Sunde (2020) Koch, Søren og Jørn Øyrehagen Sunde, «*hva er rettskulturell kunnskap- og hvorfor jurister trenger det*», Juridika innsikt, 12.10.2020. Hentet fra: <https://juridika.no/innsikt/rettskulturell-kunnskap> (lest 06.05.2024).
- Mema (2024) Mema, Medir, «*the EU AI ACT: two steps forward, one step back*», global governance.eu, 19.03.2024. Hentet fra: <https://www.globalgovernance.eu/publications/the-eu-ai-act-two-steps-forward-one-step-back> (Lest 30.04.2024).
- Mæhle (2004) Mæhle, Synne Sæther, «*Gjelder det andre regler for rettslig argumentasjon i rettsdogmatikken enn for domstolene?*» i Jussens Venner, vol. 39, utg. 5-6, 2005.
- Robberstad (u.å) Robberstad, Anne, «*om forståelser av bevisbyrde*», Universitetet i Oslo, u.å. Hentet fra: <https://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/annero/dokumenter/bevisbyrdeart.pdf> (lest 06.04.2024).
- Rosati (2021) Rosati, Eleonora, «*copyright in the Digital Single Market: a taster*», WIPO magazine, 2021. Hentet fra: https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2021/04/article_0009.html (lest 01.04.2024).
- Secor og Stim (u.å) Secor, Glen og Richard Stim, «*Fair use: the 4 factors courts consider in a copyright infringement case*», NOLO ,u.å. Hentet fra: <https://www.nolo.com/legal-encyclopedia/fair-use-the-four-factors.html> (lest 01.03.2024).
- Senftleben (2010) Senftleben, Martin, «*the international three-step test: a model provision for EC fair use legislation*», 2019. Hentet fra: <https://www.jipitec.eu/archive/issues/jipitec-1-2->

[2010/2605/JIPITEC%20-%20Senfleben-Three%20Step%20Test.pdf](https://www.jipitec.no/2020/2605/JIPITEC%20-%20Senfleben-Three%20Step%20Test.pdf)
(lastet ned 06.05.2024).

Sunde (2018) Sunde, Jørn Øyrehagen, «*jurister trenger i dag komparativ rettskunnskap*», Juristen, 24.09.2018. Hentet fra: <https://juridika.no/innsikt/rettskulturell-kunnskap> (lest 06.05.2024).

Ørstavik (2022) Ørstavik, Inger B, “*Access to data for training algorithms in machine learning- copyright law and “right-stacking”*”, Universitetet i Oslo, 2022. Hentet fra: <https://www.duo.uio.no/handle/10852/98788> (lest 01.02.2024).

Øvrige digitale artikler

Krantz (2021)	Krantz, Garry, « <i>metadata</i> », Techtarget, 2021. Hentet fra: https://www.techtarget.com/whatis/definition/metadata (lest 03.04.2024).
Neu (2020)	Neu, Jake, « <i>Copyright, Author’s Right and the Common Good (part I)</i> », Jus & Justitium, 09.11.2020. Hentet fra: https://iusetiustitium.com/copyright-authors-right-and-the-common-good-part-i/ (lest 01.05.2024).
Nyberg (2024)	Nyberg, Elin, « <i>Kunstig intelligens enkelt forklart</i> », Forskning.no, 21.01.2024. Hentet fra: https://www.forskning.no/data-informasjonteknologi-kunstig-intelligens/kunstig-intelligens-enkelt-forklart/2310767 (lest 30.04.2024).
Paine (2021)	Paine, Steve, « <i>Robots meta tag vs. Robots txt: what are the main differences?</i> », sistrix.com, 22.03.2021. Hentet fra: https://www.sistrix.com/ask-sistrix/google-index-google-bot-crawler/robots-meta-tag-vs-robots-txt-what-are-the-main-differences (lest 02.05.2024).
Roth (2023)	Roth, Emma, « <i>The New York Times is suing OpenAI and Microsoft for copyright infringement</i> », The Verge, 27.12.2023. Hentet fra: https://www.theverge.com/2023/12/27/24016212/new-york-times-openai-microsoft-lawsuit-copyright-infringement (lest 30.04.2024).

Spies (2023)	Spies, Axel, “ <i>EU AI ACT: INSTITUTIONS DEBATE DEFINITION OF AI</i> ”, Morgan Lewis, 26.09.2023. Hentet fra: https://www.morganlewis.com/pubs/2023/09/eu-ai-act-institutions-debate-definition-of-ai (lest 30.04.2024).
Tidemann (2023)	Tidemann, Axel, « <i>dyplæring</i> », Store norske leksikon, 26.01.2023. Hentet fra: https://snl.no/dypl%C3%A6ring (lest 06.10.2024).
Tjønn (2023)	Tjønn, Jung Brynulf, « <i>verk av norske forfattere brukt til KI-trening</i> », Den norske Forfatterforening, 26.09.2023. Hentet fra: https://www.forfatterforeningen.no/artikkel/verk-av-norske-forfattere-brukt-til-ki-trening/ (lest 30.03.2024).
Keary (2024)	Keary, Tim, « <i>top 10 countries leading in AI research & technology in 2024</i> », Techopedia, 09.04.2024. Hentet fra: https://www.techopedia.com/top-10-countries-leading-in-ai-research-technology (lest 06.05.2024).
Valevatn (u.å)	Valevatn, Joakim, “ <i>KI: Sikkerhet og regulering</i> ”, Teknologirådet (u.å). Hentet fra: https://www.digdir.no/media/4427/download (lest 20.03.2024).

Internettadresser

Adobe, «*TIFF-filer*», adobe.com, ukjent forfatter og år. Hentet fra: <https://www.adobe.com/no/creativecloud/file-types/image/raster/tiff-file.html> (lest 25.04.2024).

ChatGPT, «*GENERATIVE PRE-TRAINED TRANSFORMER (GPT)*», ukjent forfatter og dato. Hentet fra: <https://chatgpt.no/generative-pre-trained-transformer-gpt> (lest 01.05.2024).

Columbia Engineering, «*Artificial Intelligence (AI) vs. Machine Learning*», ukjent forfatter og dato. Hentet fra: <https://ai.engineering.columbia.edu/ai-vs-machine-learning/> (lest 01.05.2024).

DigitalNorway, «*Kunstig intelligente systemer*», ukjent forfatter og dato. Hentet fra: <https://www.datareisen.no/kapittel/teknologi-og-sann/seksjon/og-hvilke-teknologier-er-avhengig-av-data/emne/kunstig-intelligente-systemer> (lest 01.05.2024).

EU Artificial Intelligence Act, «*high level summary of the AI Act*», ukjent forfatter, 27.02.2024. Hentet fra: <https://artificialintelligenceact.eu/high-level-summary/> (lest 25.04.2024)

EU-parlamentet, «*Artificial Intelligence ACT: MEPs adopt landmark law*», ukjent forfatter, 13.03.2024. Hentet fra: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law> (lest 01.05.2024).

EU-parlamentet, «*EU AI Act: first regulation on artificial intelligence*», ukjent forfatter, 08.06.2023. Hentet fra <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence> (lest 10.04.2024).

Kommunal-og distriktsdepartementet, «*forslag til forordning om kunstig intelligens (KI-forordning)*», ukjent forfatter, 29.01.2024. Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2021/juni/forslag-til-forordning-om-kunstig-intelligens-ki-forordningen/id2884935/> (lest 06.05.2024).

Kulturdepartementet, «*digitalmarkedsdirektivet*», ukjent forfatter, 10.12.2023. Hentet fra: <https://www.regjeringen.no/no/sub/eos-notatbasen/notatene/2016/des/dsm-direktivet/id2556742/> (lest 01.05.2024).

OpenAI, «*pricing*», ukjent forfatter og år. Hentet fra: <https://openai.com/api/pricing> (lest 25.04.2024).

Robotstxt, «*about/robots.txt*», ukjent forfatter, ukjent år. Hentet fra: <http://www.robotstxt.org/robotstxt.html> (lest 01.05.2024).

U.S Copyright Office, «*U.S Copyright Office Fair Use Index*», ukjent forfatter, 2023. Hentet fra: <https://www.copyright.gov/fair-use/> (lest 01.05.2024).

Universitetsbiblioteket, «*tekstutvinning*», Universitetsbiblioteket, ukjent år. Hentet fra: <https://www.ub.uio.no/bibliotekene/dsc/forskningsmetoder/tekstmining/> (lest 06.05.2024).

University of Minnesota, «*using existing works*», ukjent forfatter og år. Hentet fra: <https://www.lib.umn.edu/services/copyright/use#transformativeuse> (lest 28.04.2024).

USLegal, «*opt-out clause law and legal definition*», ukjent forfatter og dato. Hentet fra: <https://definitions.uslegal.com/o/opt-out-clause/> (lest 04.05.2023) (lest 05.05.2024).

WIPO, «*Berne Notification no. 121 Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Work*», ukjent forfatter, 17.11.1988. Hentet fra: https://www.wipo.int/treaties/en/notifications/berne/treaty_berne_121.html (lest 01.05.2024).