

# Svenska Tecknares hållning beträffande generativ artificiell intelligens

2023-08-11

- § Med hänsyn till den tekniska utvecklingen och rättslägets oklara status är förhandenvarande hållning avsedd att vara ett levande och dynamiskt dokument vars innehåll kan komma att ändras för att bättre reflektera den tekniska utvecklingen och vid var tid gällande rättsläge.
- § Förhandenvarande dokument får inte användas för att träna AI-modeller eller utveckla produkter och funktioner som innehåller AI.

## Inledning

Svenska Tecknare är en facklig organisation för landets yrkesverksamma illustratörer, grafiska formgivare, animatörer och serietecknare. Föreningen har till uppgift att tillvarata medlemmarnas yrkesintressen i juridiskt, ekonomiskt och ideellt hänseende och arbetar med att stärka och utveckla yrkesrollen för bildskapare och formgivare.

Den raketsnabba utvecklingen av generativ artificiell intelligens (generativ AI) såsom Stable Diffusion och Midjourney har gett upphov till en rad frågor, inte minst upphovsrättsliga sådana. Tekniken är fortfarande i sin linda och som med allt annat i livet går åsikterna om generativ AI isär. En del ser det som en möjlighet, andra som ett hot mot våra branscher.

Faktum kvarstår dock: Upphovspersonerna verkar på en marknad som styrs av ojämna maktförhållanden och befinner sig redan i en såväl ekonomisk som ideell utsatt position. Oaktat AI-intåget når de ekonomiska framgångarna sällan upphovspersonerna som därför alltför ofta behöver söka sig till andra yrken för att försörja sig. Det är inte bara ett hårt slag mot den individuella kulturskaparen, utan även mot kulturen i stort, och ännu större kan skadan rimligen förväntas bli i och med den förevarande ohållbara tillika oetiska expansionen av generativ AI.

Svenska Tecknares vision är en värld där illustratörer, grafiska formgivare, animatörer och serietecknare har hög status och bra ersättning, där såväl yrkeskompetens som upphovsrätt och yttrandefrihet respekteras. Vi vill att så många utövare som möjligt ska kunna leva på visuella kreativa yrken, vilket förutsätter en stark upphovsrätt. Mot den bakgrunden bevakar Svenska Tecknare noggrant AI-frågan för våra yrkesgrupper, och som ett led i arbetet har vi undersökt hur den nya tekniken förhåller sig till upphovsrätten, som mer eller mindre lägger grunden för hela det kreativa skapandet.



## AI-lexikon

**Artificiell intelligens (AI)** – AI är liksom fysik och matematik en vetenskapsgren. För övrigt finns det ingen entydig definition av AI. Med AI avses alltså oftast ett datorsystems förmåga att simulera mänsklig intelligens, främst kognitiva funktioner såsom förmågan att lära sig av erfarenheter och förbättra sin prestanda, förstå naturligt språk och lösa komplexa problem, utan konstant mänsklig styrning. Därför kan AI kanske enklast definieras som särskilda människoliknande egenskaper: *autonomi* och *adaptivitet/sjävläring*. AI handlar alltså ytterst om ett datorsystems förmåga att fatta självständiga beslut och att på egen hand lära sig av data.

**Generativ AI** – Generativ AI används som ett samlingsbegrepp för AI-system, modeller och tekniker som skapar nytt material såsom text, bild, video, ljud, kod eller syntetiska data baserat på redan existerande data. Generativ AI utvecklas med olika metoder och tekniker inom maskininläring.

**Generativt AI-system** – Programvara som utvecklats med en eller flera metoder inom AI, till exempel maskininläring, och som utifrån vissa människodefinierade mål eller instruktioner, kan generera nytt innehåll såsom text, bild, video, ljud, kod eller syntetiska data. Generativa AI-system behöver i regel att en människa säger åt dem att skapa, antingen genom ett par knapptryck eller en instruktion. Midjourney och ChatGPT är två välkända exempel på generativa AI-system.

**Prompt** – En prompt är vanligtvis en skriftlig instruktion som talar om för det generativa AI-systemet vad det ska generera.

**Output** – Output är till exempel text, bild, video eller ljud som det generativa AI-systemet genererar.

**Maskininläring** – Maskininläring är ett delområde inom AI. Djupinläring är i sin tur ett delområde inom maskininläring. Det finns flera typer av maskininläring och då pratar man oftast om övervakat respektive oövervakat lärande.

*Övervakat lärande* innebär att en maskinlärningsalgoritm ska lära sig att känna igen de rätta svaren automatiskt på såväl den data som algoritmen tränas på, det vill säga en mängd exempel för vilka en människa angett rätt svar, som annan data utan angivna svar. Genom att någon anger de rätta svaren lär sig maskinlärningsalgoritmen att känna igen rätt svar och klarar så småningom av att känna igen rätt svar utan hjälp, det vill säga självständigt. Man låter exempelvis algoritmen analysera några tusen bilder och har sagt till den att dessa bilder föreställer båtar. Därefter får algoritmen analysera miljontals bilder på egen hand och försöka identifiera andra bilder på båtar genom att jämföra dessa med det algoritmen lärt sig om båtar från de första bilderna. På sådant sätt lär sig helt enkelt algoritmen att kunna identifiera båtar på egen hand.

Genom att algoritmen tränas på bilder som föreställer båtar och som har en tillhörande text som beskriver bildinnehållet (till exempel "båt") kan algoritmen para ihop den visuella representationen av en båt med den textuella representationen av en båt.

Vid *oövervakat lärande* finns inga rätta svar angivna. Målet med oövervakad maskininläring är oftast att maskinlärningsalgoritmen på egen hand ska hitta till exempel mönster, trender eller

samband i data för att bilderna som sedan genereras till exempel ska vara mer ”innovativa och originella”. Algoritmen får alltså helt enkelt förutspå rätt svar. Maskininlärningsalgoritmen lär sig till exempel att båtar ofta dyker upp intill saker som ser ut som vatten.

För att utveckla generativ AI som ska kunna användas för att skapa bild används oftast både övervakat och oövervakat lärande. Att ett generativt AI-system på egen hand kan skapa till exempel en bild av en ”båt på havet” utifrån en prompt beror alltså dels på att en maskininlärningsalgoritm har lärt sig hur båtar ser ut och att de sannolikt dyker upp intill saker som ser ut som vatten, dels att algoritmen har lärt sig sambandet mellan textuella och visuella representationer av samma abstrakta objekt. Exakt hur inlärningsprocessen går till beror emellertid på till exempel vilken algoritm, teknik och metod inom maskininläring man använt sig av.

**Algoritm** – En algoritm är en serie instruktioner som beskriver hur, med vad och i vilken ordning en uppgift ska lösas.

**Träningsdata** – Data som krävs för att träna eller annorlunda uttryckt ”lära” en maskininlärningsalgoritm. De mönster, trender och samband maskininlärningsalgoritmen lär sig av träningsdatan används sedan för att bygga en modell. Som träningsdata för generativ AI används stora mängder text, bild, video och ljud.

**Generativ modell** – Resultatet av inlärningsprocessen kallas för en modell. Krasst sagt utrustas modellen med det maskininlärningsalgoritmen lärt sig av träningsdatan. Modellen testas sedan på data som algoritmen inte tränats på för att se om modellen kan finna rätt svar för vilken data som helst. En generativ modell kan skapa nytt material baserat på det algoritmen lärt sig av träningsdatan, därav ordet ”generativ”. En generativ modell kan kanske bäst jämföras med människans minne. Precis som människans alla intellektuella aktiviteter grundar sig i minnet gör AI-systemets det i den generativa modellen.

**Testdata** – Data som inte används som träningsdata och i stället används för att utvärdera den tränade modellen. Modellen kan förutspå det rätta svaret i princip helt felfritt på träningsdatan, men det visar inte att modellen kan generalisera till annan data, vilket är målet. Därför används testdata.

**Input** – All data som lämnas till eller förvärvas direkt av AI-systemet och som utgör den grund på vilket AI-systemet producerar output kan kallas för input. Träningsdata kan alltså kallas för input och en prompt och en bild likaså.

**AI är en ”svart låda” (black box)** – AI beskrivs ibland som ”en svart låda” – vi ser endast det vi stoppar in i ”lådan” och resultatet som kommer ur den, men inte det som händer inuti lådan. AI adderar med andra ord opacitet och oförutsebarhet. Det beror på att modellen skapats av en algoritm – inte en människa som kan förklara hur de matematiska beräkningarna har gjorts och varför en viss input ger en viss output. Det kan alltså vara i princip lika omöjligt att förstå hur ett generativt AI-system mer eller mindre självständigt fattar beslut som att förstå hur en annan människa fattar beslut. Vi kan förvisso instruera systemet att skapa på visst sätt, hur AI-systemet tolkar och utför våra instruktioner har vi emellertid varken någon insyn i eller kontroll över.



## Sammanfattning

Upphovsrättsskyddade verk kopieras för att användas som input för att utveckla generativa AI-system. Vissa vill se den allmänna inskränkningen för text- och datautvinning, artikel 4 EU:s direktiv 2019/790 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden (DSM-direktivet) respektive 2 kap. 15 a § lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL), som frikort för denna användning, och underlåter därför att inhämta upphovspersonernas tillstånd och erlagga skälig ersättning. Svenska Tecknare är emellertid av uppfattningen att inskränkningens innehåll och omfattning missuppfattats och att den inte kan tillämpas för att använda upphovsrättsskyddade verk som input för att utveckla generativ AI då det strider mot den så kallade trestegsregeln.

Vad gäller det upphovsrättsliga skyddet för outputen anser Svenska Tecknare att skydd kan uppstå endast i de fall där den mänskliga skaparen använder det generativa AI-systemet som ett verktyg eller hjälpmedel som en del av en större kreativ process. Däremot uppstår upphovsrättsliga problem om enbart generativa AI-system, det vill säga när en prompt eller några knapptryck, leder till det slutgiltiga resultatet. Problem uppstår ur en upphovsrättslig synpunkt då generativa AI-system är autonoma och adaptiva och således dominerar stora delar av skaparprocessen och mer eller mindre övertar den kreativa kontrollen liksom skapandet från den mänskliga skaparen. Som ett resultat därav finns det endast ett begränsat utrymme för att göra fria och kreativa val som också kommer till uttryck i outputen. Den mänskliga skaparinsatsen ligger då endast i en prompt eller ett par knapptryck och når därmed sällan över en banal eller trivial nivå och kommer därför inte heller till uttryck i outputen. Vidare anser vi att eventuell originalitet i prompten inte kan överföras till outputen och att det således inte kan användas som argument för skydd. Det beror på att prompten inte kan anses utgöra mer än en bildidé och att upphovsrätten inte skyddar idéer.

Det kan diskuteras huruvida det bör införas ett upphovsrättsliknande skydd likt det för databaser och fotografisk bild för output som inte är att anse som litterära eller konstnärliga verk i lagens mening. Svenska Tecknare anser emellertid att det inte finns några övervägande skäl för att införa ett sådant skydd till förmån för varken den som utvecklat ett generativt AI-system eller den som använt sig av ett generativt AI-system. Som skäl för att låta dessa alster förbli oskyddade anförs bland annat att den som investerat i själva AI-tekniken redan skyddas av både upphovsrätten och patenträtten och därmed kan förhindra att andra tillägnar sig resultaten av investeringen samt att det redan skapas ofantligt många alster med generativ AI och att det därför inte behövs något incitament i form av skydd. Kulturskapare befinner sig dessutom redan i en ekonomiskt utsatt situation vilken riskerar att ytterligare försämrars om skapande med generativ AI stimuleras genom skydd. Det torde inte bara utgöra ett hot mot kulturskaparna utan även mot kulturen i stort.



## Angående lovligheten av att använda upphovsrättsskyddade verk som input

- Vissa vill se den allmänna inskränkningen för text- och datautvinning, artikel 4 DSM-direktivet respektive 2 kap. 15 a § URL, som frikort för att kunna träna generativa AI-system på upphovsrättsskyddade verk, utan att inhämta upphovspersonernas tillstånd eller erlagga skälig ersättning för användningen. Nedan den svenska lydelsen:

*”Den som har lovlig tillgång till ett verk får framställa exemplar av verket för text- och datautvinningsändamål. Exemplaren får inte behållas längre än vad som är nödvändigt för ändamålet och får inte användas för andra ändamål.*

*Första stycket gäller inte om upphovsmannen på lämpligt sätt har förbehållit sig den rätt som avses där.”*

- Lagstiftningsarbetet med inskränkningen påbörjades liksom avslutades emellertid långt innan generativa AI-system såsom Midjourney och ChatGPT fördes ut på marknaden och fick hundratals miljoner användare. EU-lagstiftaren kan därför omöjligen ha tagit hänsyn till denna nya användning av upphovsrättsskyddade verk liksom de ökade tillika förödande ekonomiska verkningar användningen får. De överväganden som gjorts och de skäl som anförts torde därför inte tillmätas någon större vikt vid tolkningen av inskränkningens tillämpningsområde. Med det sagt kan inte inskränkningen betraktas som en skälig avvägning mellan rättigheter och intressen hos upphovspersoner och andra rättighetshavare å ena sidan och hos användare å andra sidan, även om det sannolikt var fallet under lagstiftningsarbetet och vid godkännandet av inskränkningen. Inskränkningen uppfyller med andra ord inte sitt syfte.<sup>1</sup> Det är dessutom tydligt att drivkraften bakom inskränkningen var att möjliggöra beforskning av stora datamängder, det vill säga kunskapsutvinning i form av nya trender, samband och mönster. Resultatet av text- och datautvinningen är till exempel ett diagram, en Excel-fil eller forskningsrapport – inte en generativ AI-modell som kan generera nya alster. Maskinlärningsalgoritmer används förvisso också för text- och datautvinning, men för andra ändamål och syften. Det måste sålunda göras åtskillnad mellan utvinning och inlärning. Att framställa exemplar av upphovsrättsskyddade verk i syfte att träna en generativ AI-modell som kan generera nya alster bör alltså anses falla utanför definitionen av text- och datautvinning och därmed också inskränkningens tillämpningsområde.

- Inskränkningar ska dessutom tolkas restriktivt, eftersom ensamrätten är en förmögenhetstillgång för varje enskild upphovsperson.<sup>2</sup> Kravet på restriktivitet kommer till klart uttryck i bland annat artikel 5.5 EU:s direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (Infosoc-direktivet), den så kallade *trestegsregeln*, som föreskriver att:

*”De undantag och inskränkningar som föreskrivs i punkterna 1, 2, 3 och 4 får endast tillämpas i vissa särskilda fall som inte strider mot det normala utnyttjandet av verket eller annat alster och inte oskäligt inkräktar på rättsinnehavarens legitima intressen”.*<sup>3</sup>

- Trestegsregelns kriterier innebär för det första att det ska vara fråga om en inskränkning för ett särskilt fall. Inskränkningen ska med andra ord vara tydligt avgränsad och preciserad. Vad därefter gäller det normala utnyttjandet av verket ska beaktas att inskränkningen inte konkurrerar med upphovspersonens rätt att ekonomiskt exploatera sitt verk. I detta ligger inte bara det nuvarande utnyttjandet, utan det bör ske en dynamisk tolkning som beaktar upphovspersonens rätt att exploatera verket på de nya sätt som teknikutvecklingen öppnar för. För det tredje gäller att inskränkningen inte får oskäligt inkräkta på upphovspersonens legitima intressen. Här ska göras en avvägning av om inskränkningen i ensamrätten kan

---

<sup>1</sup> Se skäl 6 i direktiv 2019/790.

<sup>2</sup> Prop. 2004/05:110 s. 83.

<sup>3</sup> Liknande bestämmelser finns bland annat i artikel 9.2 i Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk samt i artikel 10 i WIPO-fördraget om upphovsrätt.

motiveras av ett starkare allmänt intresse. Det är alltså fråga om en proportionalitetsbedömning.<sup>4</sup>

- Trestegsregeln som sådan har ännu inte tagits in i den svenska upphovsrättslagen, men det står helt klart att den är bindande och ska beaktas vid lagstiftning rörande inskränkningar i upphovsrätten och ses som ett viktigt tolkningsdatum för domstolarna i deras bedömning av den praktiska tillämpningen av inskränkningarna.<sup>5</sup>
- För att inskränkningen ska vara förenlig med trestegsregelns första steg krävs det att den gäller för ett särskilt fall. Det finns alltså en begränsning i hur generellt utformad en inskränkning får vara – omfattningen av inskränkningen måste vara avgränsad och specificerad. Det torde kunna hävdas att inskränkningen inte är tillräckligt avgränsad om träning av generativa AI-modeller anses falla inom ramen för definitionen av text- och datautvinning.
- Enligt trestegsregelns andra steg får inte inskränkningen strida mot det normala utnyttjandet av upphovspersonens verk, det vill säga upphovspersonens ensamrätt att ekonomiskt exploatera sitt verk. Inskränkningen får med andra ord inte konkurrera med upphovspersonens rätt att ekonomiskt exploatera sitt verk. Det måste således göras en bedömning av vilken ensamrätt upphovspersonen ska ha att ekonomiskt exploatera sitt verk. Här tas inte endast hänsyn till det nuvarande utnyttjandet, utan det bör ske en dynamisk tolkning som beaktar upphovspersonens rätt att exploatera verket på de nya sätt som teknikutvecklingen öppnar för. Det saknar alltså betydelse om upphovspersonen inte har utnyttjat sitt verk på aktuellt vis.

Att framställa exemplar av verk för att utveckla generativ AI får anses ha ett icke obetydligt kommersiellt värde, både för den som utvecklar själva AI-systemet och den som i ett senare led använder sig av AI-systemet för att skapa nya alster. Detta värde ska därför förbehållas inputens upphovspersoner. Huruvida den som utvecklar eller använder sig av AI-systemet har ett kommersiellt syfte eller inte saknar då betydelse.<sup>6</sup> Därtill har det tidigare konstaterats att inskränkningen för text- och datautvinning föreslogs, liksom klubbades igenom, långt före de aktuella AI-systemens intåg. Det har med andra ord uppkommit nya möjligheter att exploatera rättigheter som kan antas få en betydande ekonomisk och praktisk betydelse, vilket medför att den befintliga inskränkningen torde anses strida mot det normala utnyttjandet av verket och därför vara oförenlig med trestegsregelns andra steg.

- I det tredje steget är frågan huruvida det oskäligt inkräktar på upphovspersonens legitima intressen när de generativa AI-systemen utvecklas liksom används för att skapa nya verk. Med upphovspersonens legitima intressen avses att intressena ska vara rättmätiga. Det tredje steget beaktar inte bara ekonomiska intressen, utan även icke-ekonomiska överväganden. Med uttrycket "inkräktar" avses att någon form av skada ska uppkomma. Att det kan uppkomma skada är uppenbart – upphovsrättsskyddade verk används utan tillstånd och ersättningsfritt för att utveckla generativ AI som används för att skapa nya alster som i) gör intrång i upphovsrätten till inputen; ii) placeras på samma produktmarknad som inputen och

---

<sup>4</sup> NJA 2016 s. 212 p. 12.

<sup>5</sup> Prop 2004/05:110 s. 83 f. samt NJA 2016 s. 212 p. 13.

<sup>6</sup> Jfr NJA 2016 s. 212 p. 20.

därigenom riskerar att konkurrera ut inputens upphovspersoner eller iii) på annat sätt konkurrerar med inputen.<sup>7</sup>

Därutöver bör det nämnas att en upphovspersons manér enkelt kan kopieras med hjälp av ett generativt AI-system. Det har förvisso alltid varit möjligt att imitera en annan upphovspersons individuella stil, men den nya AI-tekniken har onekligen gjort sådan imitation mycket enklare (se exempelvis Midlibrary). Med den nya teknikens hjälp kan alltså ett särskilt manér kopieras oerhört enkelt och därefter användas av andra personer i skapande av nya verk. Det är alltså mycket enklare att använda en välkänd kreatörs manér för marknadsföring av artfrämmande produkter och skapa nya verk som ger intryck av att härröra från specifika upphovspersoner, trots att så inte är fallet. Även om ett visst manér inte är skyddsvärt i sig har manéret intagit en viktig plats som marknadsföringsmedel såsom upphovspersonens kännetecken. Det är genom det arbete upphovspersonerna nedlägger på sitt skapande och investeringar i konstnärlig skicklighet och marknadsföring som de kan skapa mervärde åt sina verk. Den nya tekniken gör detta mervärde oerhört lättåtkomligt för andra.

Uttrycket oskäligt innebär att en proportionalitetsbedömning ska göras i fråga om den skada som åsamkas upphovspersoner och den nytta som tillkommer allmänheten av inskränkningen. Det handlar här om en avvägning i förhållande till det syfte som AI-tekniken ska tillgodose. Användningsområdet för generativ AI är brett. Syftet kan således variera från fall till fall. Den skada som åsamkas upphovspersonerna torde emellertid i regel överväga den nytta som tillkommer allmänheten av inskränkningen. Det är således endast i rena undantagsfall som inskränkningen inte oskäligt inkräktar på upphovspersonernas legitima intressen, till exempel där generativ AI används inom vården.

En motsatt tolkning skulle innebära en betydligt större inskränkning i upphovspersonernas ensamrätt än vad bestämmelsen syftar till. Därutöver kan utnyttjanden som annars skulle vara att anse som oskäligt inkräktande, endast godtas under förutsättning att trestegsregelns första och andra steg är uppfyllda, vilket de i förhandenvarande fall inte kan påstås vara.

- Att en upphovsperson förvisso har rätt att förhindra text- och datautvinning genom att göra förbehåll kan inte rimligen hävdas motivera ett vidare tillämpningsområde. Det beror bland annat på att förbehåll måste göras i maskinläsbara metoder, vilket kräver teknisk kunnighet eller ekonomisk förmåga. Inskränkningen ställer således orimligt höga krav på den enskilde upphovspersonen. I dagsläget är det dessutom i princip omöjligt att få insyn i vilken input som använts för att utveckla ett generativt AI-system. De som förvisso förbehållit sig rätten att framställa exemplar för text- och datautvinningsändamål kan alltså inte förvissa sig om att förbehållen respekterats. Det finns med andra ord inte några praktiska möjligheter för upphovspersonerna att bevaka sina rättigheter. Så länge det inte finns några transparenskrav som förpliktar utvecklarna av generativ AI att redovisa vilka upphovsrättsskyddade verk som använts som input, är rätten att motsätta sig text- och datautvinning helt värdelös. I avsaknad av transparens är det dessutom i princip omöjligt för den enskilde upphovspersonen att få sin rätt prövad i domstol. Den så kallade opt-out mekanismen i 2 kap. 15 a § URL uppfyller med andra ord inte sitt syfte och kan svårligen hävdas uppväga den oskälighet inskränkningen innebär.

---

<sup>7</sup> Till exempel kan skyddade översättningar användas för att utveckla sofistikerad översättningsteknik som riskerar att konkurrera ut mänskliga översättare.

- För att det ska föreligga förenlighet med trestegsregeln måste således inskränkingsbestämmelsen för text- och datautvinning i DSM-direktivets artikel 4 respektive upphovsrättslagens 2 kap. 15 a § tolkas på sådant sätt att rätten att ekonomiskt exploatera verk genom att använda dem som input för att utveckla generativ AI ligger kvar hos upphovspersonerna.

## Angående de upphovsrättsliga skyddsförutsättningarna för ett generativt AI-systems output

- AI-tekniken har onekligen ställt upphovsrätten på sin spets, inte minst det upphovsrättsliga verksbegreppet. Den tekniska utvecklingen liksom andra moderna konstformer har emellertid utmanat det upphovsrättsliga systemet förr och historien har vid upprepade tillfällen visat att upphovsrätten har varit tillräckligt robust och genomtänkt för att utmaningarna ska kunna hanteras, om än ibland med mindre anpassningar av lagstiftningen.
- Endast mänskligt intellektuellt skapande kan ge upphov till upphovsrättsligt skyddsvärda verk. Upphovspersonen måste vara en fysisk person, det vill säga en människa. Det som inte skapats av en människa kan med andra ord inte åtnjuta upphovsrättsligt skydd.
- Upphovsrätten skyddar endast originella uttryck. Originalitet uppnås genom att upphovspersonen ger uttryck för sin personlighet i verket genom att göra fria och kreativa val i samband med skapandet. Fria och kreativa val kan förvisso göras under flera faser av skapandeprocessen och behöver således inte göras under eller vid själva utförandet av idén, utan även vid förberedelserna eller redigeringen. Varje mänsklig insats kan dock inte grunda upphovsrätt, utan måste åtminstone nå över en trivial eller banal nivå. Det krävs alltså ett visst mått av mänsklig skaparkraft för att ett originellt verk ska kunna uppstå.
- Det är verkets yttre form, det vill säga den individuella formen, som upphovspersonen valt att ge verkets inre form, det vill säga den bakomliggande idén, som kan skyddas av upphovsrätten.
- AI-system är till skillnad från traditionella datorsystem, i hög grad autonoma, och dominerar således en stor del av skaparprocessen. Ett generativt AI-system kan därför rimligen hävdas frånta den mänskliga skaparen kontrollen och mer eller mindre ta överhanden över skapandet, varpå den mänskliga skaparinsatsen reduceras och träder i bakgrunden. Den mänskliga skaparinsatsen ligger därmed många gånger endast i den prompt det generativa AI-systemet skapar utifrån, eller ett par enkla knapptryck; och kan således rimligen hävdas bestå i blott en bakomliggande idé.
- Själva prompten torde kunna skyddas av upphovsrätten under förutsättning att den i) är skapad av en människa; ii) inte är *de minimis*, det vill säga att den mänskliga skaparinsatsen når över en banal eller trivial nivå och iii) ger uttryck för den mänskliga skaparens kreativa val. Men även om prompten skulle vara tillräckligt originell för att skyddas av upphovsrätten, kan det inte rimligen hävdas att AI-systemets output av den anledningen också är det. Eventuell originalitet i prompten kan alltså inte överföras till AI-systemets output. Om så skulle vara fallet hade upphovspersonen till prompten även ägt upphovsrätten till all den output AI-systemet kan generera utifrån prompten – vilket är flera dussintals outputs i olika utföranden och stilar. En sådan tolkning är farligt påminnande om att äga ensamrätt till själva idén som



ligger bakom verket och strider därmed mot den grundläggande, mångåriga, universella upphovsrättsliga principen att endast den individuella form upphovspersonen valt att ge sin idé kan skyddas. Principen förhindrar idémonopol i den kreativa industrin och stimulerar det kreativa skapandet genom att tillåta att samma eller liknande idéer uttrycks på flera olika sätt. Om även idéer kunde skyddas hade det inte funnits någon ändamålsenlig skiljelinje mellan det som måste kunna innehas med ensamrätt och det som måste hållas fritt och allmänt tillgängligt för andra. Det finns alltså ett frihållningsbehov som kräver att allt varken kan eller bör skyddas. Principen balanserar sålunda upphovsrätten mot andra viktiga intressen såsom yttrande- och informationsfrihet och är således av fundamental betydelse och måste därmed upprätthållas.

- I kravet på att upphovsmannens personlighet ska komma till uttryck i verket får det anses föreligga ett implicit krav på adekvat kausalitet mellan den potentiella upphovspersonens skapande insats och outputen.<sup>8</sup> Adekvansläran torde i enkelhet kunna sammanfattas som att ett orsakssamband mellan X och Y är relevant om Y är en beräknelig, det vill säga förutsebar, verkan av X. I sammanhanget betyder det att orsakssambandet mellan den mänskliga skaparinsatsen och verket är relevant (varmed upphovsrätt uppstår) om verket är en beräknelig eller förutsebar följd av skaparinsatsen. Det krävs med andra ord inte bara att det föreligger kausalitet, det vill säga en mänsklig insats av skapande slag, utan även att den ifrågavarande skaparinsatsen kommer till uttryck i verket.

Vid skapande med traditionella datorprogram är kravet på adekvat kausalitet en icke-fråga, eftersom oförutsebarheten är minimal till icke-existerande och den mänskliga kreativa kontrollen nästintill fullständig. Dessa datorprogram lyder våra instruktioner till punkt och pricka, medan generativa AI-system kan fatta mer eller mindre självständiga beslut långt ifrån den ursprungliga programkoden eller prompten. Det beror på att dessa system präglas av en hög grad autonomi och självinlärning, vilket för med sig den så kallade black box-problematiken. Black box-problematiken ligger i svårigheten att förstå och förklara förhållandet mellan inputen (till exempel en prompt) och outputen, vilket grundar sig i en nivå av opacitet som gör det svårt för både programmeraren och användaren (kanske i synnerhet användaren) att förstå hur de algoritmiska besluten har fattats och nåtts. När ett AI-system används i den skapande verksamheten kan det därför många gånger vara i princip omöjligt för både programmeraren och användaren att förutse outputen. Autonomi och självinlärning reducerar alltså mänsklig kreativ kontroll och adderar oförutsebarhet. Skapande med generativa AI-system kan därför hävdas te sig slumpmässigt snarare än andligt och till skillnad från skapande med traditionella och mindre sofistikerade datorprogram torde skapande med generativ AI ge upphov till upphovsrättsligt skyddsvärda verk endast i undantagsfall – när det generativa AI-systemet de facto används som blott ett verktyg eller hjälpmedel. Den som till exempel använder sitt eget material som input och iterativt promptar fram och redigerar outputen i en inte obetydlig utsträckning torde alltså kunna göra framgångsrika anspråk på upphovsrätt.

- Det är alltså graden av autonomi och självinlärning samt i vilken utsträckning den mänskliga skaparen överlåter skapandet och den kreativa kontrollen till systemet som är avgörande för skyddsfrågan.

---

<sup>8</sup> Se till exempel Nordell, *Rätten till det visuella*, s. 127. Jfr även Hugenholtz, Quintais & Gervais m.fl., *Trends and Developments in Artificial Intelligence*, s. 75.

- Den vars skaparinsats blott består i att välja mellan output torde inte heller kunna göra några framgångsrika anspråk på upphovsrätt. En sådan insats kan kanske bäst jämföras med skapandet av så kallade *ready-mades*. Dessa konstverk kommer till genom att konstnären väljer ut ett föremål som åstadkommit av någon annan och utnämner föremålet som konst. Problemet med dessa val som uteslutande innebär utnämning ligger i objektet – det objekt som väljs ut har redan en yttre form och förses först efter själva fixeringen med en inre form. Det finns således inget orsakssamband över huvud taget mellan valet av output och dess konkreta form. Om den output som väljs ut därefter utgör input och därmed grund för ny output eller om outputn redigeras eller på annat sätt bearbetas är upphovsrätt emellertid inte uteslutet.
- Samma logik och resonemang kan appliceras även på andra potentiella upphovspersoner. Den som självständigt utvecklat ett generativt AI-system kan med framgång göra anspråk på ensamrätt till AI-systemets output endast under förutsättning att denne gjort fria och kreativa val som kommer till uttryck i outputen. De som tillsammans utvecklat ett generativt AI-system likaså. Svårigheterna ligger alltså i de karaktäristiska egenskaperna som förenas med AI – autonomi och självinlärning – och den black box-problematik dessa medför. Eftersom ett generativt AI-system kan justera sina vikter och parametrar, uppdatera sin programkod och fatta självständiga beslut långt ifrån den ursprungliga programkod som skrivits av en människa, är det ofta omöjligt för programmeraren att förklara hur de algoritmiska besluten har fattats och att förutse AI-systemets output. Följaktligen torde även den eller de som utvecklat ett generativt AI-system betraktas som upphovspersoner till AI-systemets output endast i rena undantagsfall – till exempel när en bildskapare använder sina egna bilder som input, tränar algoritmen, utvärderar den generativa modellen och sedan använder sig av denna för att generera nya bilder i sin stil.
- Mot den bakgrunden måste det stå klart att det som skapats av ett generativt AI-system inte kan skyddas av upphovsrätten. Upphovsrätten skyddar endast mänskligt intellektuellt skapande. Även när människan förvisso bidrar med en insats, men endast i form av en prompt eller ett knapptryck, och i övrigt överlåter i princip hela skapandet och den kreativa kontrollen till AI-systemet, kan det göras välgrundade ställningstagande för att hålla dessa alster utanför upphovsrätten.



### **Angående införandet av ett sui-generis skydd för output som inte är att anse som verk i lagens mening**

- Det kan diskuteras huruvida det till förmån för utvecklare och användare av AI är påkallat med ett upphovsrättsliknande skydd likt det för fotografisk bild och databaser för output som inte är att anse som litterära eller konstnärliga verk i lagens mening. I nuläget finner emellertid Svenska Tecknare att det inte finns några övervägande skäl för att införa ett sådant skydd till förmån för varken den som utvecklat ett generativt AI-system eller den som använt sig av ett generativt AI-systemet.
- Skyddet för till exempel databaser syftar till att garantera skydd för den som tagit initiativet till och risken med att göra en väsentlig investering i en databas mot att en användare eller konkurrent på ett otillåtet sätt tillägnar sig resultaten av investeringen. Den som investerat i generativ AI garanteras emellertid skydd genom både upphovsrättsligt skydd för

datorprogram och patentskydd. Det finns med andra ord redan en rättslig konstruktion som ser till att den som investerar pengar, tid eller energi i generativ AI kan skörda frukterna av sin investering och således stimuleras redan innovation.

- Vissa hävdar att den som använder generativ AI för att skapa bör få ett skydd likt det i 49 a § URL. Skyddet för fotografier hör emellertid till de mest kontroversiella frågorna inom immaterialrätten och det har rått stor oenighet kring frågan. Det har dessutom redan skapats lika många bilder med generativ AI som det har av fotografer de senaste 150 åren. Mot den bakgrunden och att upphovsrätten liksom de till upphovsrätten närstående rättigheterna ytterst syftar till att stimulera kreativt skapande torde det inte kunna göras några välgrundade ställningstaganden för att skydda den output som inte kan skyddas som verk. Det skapas onekligen redan ofantligt många alster med generativ AI och det behövs alltså inte något ytterligare incitament. Därtill är det tydligt att det rör sig om två helt olika typer av skapande. Om allt som skapas med generativ AI ska skyddas kommer det dessutom inte längre finnas någon ändamålsenlig skiljelinje mellan det som måste kunna innehållas med ensamrätt och det som måste hållas fritt och allmänt tillgängligt för andra. Det finns ett frihållningsbehov som kräver att allt inte ska kunna skyddas och det måste fortsatt finnas en rimlig balans mellan upphovsrätt och andra viktiga intressen såsom yttrande- och informationsfrihet. Det är dessutom olämpligt att ha skilda skyddsförutsättningar för samma verksamhetsområde. Det komplicerar verksamhetsgränsningsfrågan och kan på sikt antas resultera i sänkta krav för alla bilder.<sup>9</sup>
- För övrigt både drivs och avspeglas samhällsutvecklingen av kulturen. Kulturen är ett av de viktigaste kugghjulen i samhällsmaskineriet. Om kulturinnehållet i stället skulle bestämmas av generativa AI-system, och indirekt dess ägare, hade det även inneburit att åtminstone en del av den kulturella, samhälls- och politiska utvecklingen hade kontrollerats av AI och stora techbolag. Generativ AI har förvisso sin grund i mänskligt skapande, eftersom inputen åtminstone i huvudsak ännu utgör mänskliga skapelser. Det går emellertid redan att se en utveckling där AI-genererad data används som input. Det som i huvudsak skapats av ett generativt AI-system, det vill säga med minimal mänsklig inblandning, kan som bäst avspegla nutidens samhälle och som sämst – och högst sannolikt – dåtidens. Det beror på att ett generativt AI-system inte kan avspegla eller ge uttryck för mer eller något annat än den input systemet har tillgång till. Något driv kan alltså inte alls ske och således är generativ AI som samhällsdrivande kraft inte eftersträvansvärd. Att tillskriva dessa alster ett upphovsrättsliknandeskydd och därmed stimulera skapande med generativ AI riskerar således att hämma den typ av kreativt skapande som upphovsrätten syftar till att stimulera.
- Kulturskaparna är dessutom många och tillhör redan en ekonomiskt utsatt grupp och en bransch som länge präglats av orättvisa villkor och ojämna maktförhållanden. Digitaltekniken har vid upprepade tillfällen haft en negativ inverkan på kulturskapares villkor och förhållanden på marknaden. Det har tidigare uppstått svåra ekonomiska och sociala problem och skett stora bortfall av arbetstillfällen. Detta har resulterat i till exempel skyddet för utövande konstnärer och deras framföranden. Mot den bakgrunden vore det oerhört illa avvägt att införa ett skydd som tvärtom riskerar att resultera i stora bortfall av arbetstillfällen och försämra kulturskaparnas ställning och möjlighet till försörjning.

---

<sup>9</sup> Jfr Nordell, *Rätten till det visuella*, s. 105 ff.

—