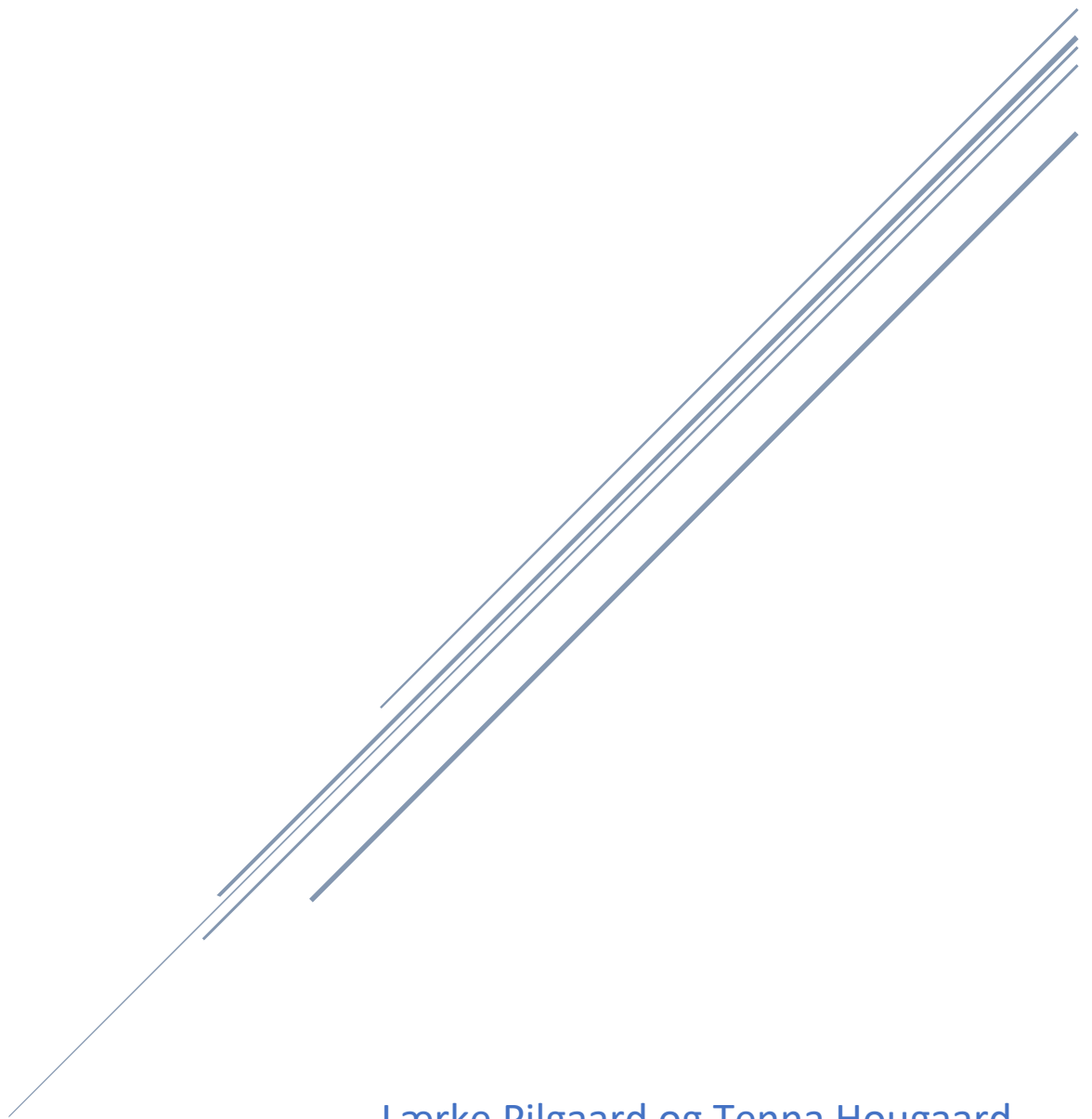


KUNSTIG INTELLIGENS

Den erstatningsretlige regulering



Lærke Pilgaard og Tenna Hougaard
Vejleder: Marie Jull Sørensen

Abstract

This paper will analyze the applicability of the current liability regime to damages caused by artificial intelligence (AI). This paper will focus on the Law of Negligence, Product Liability and non-statutory strict liability. The paper will furthermore only focus on Danish law. The paper will not only focus on the theoretical challenges of the liability regime, it will also take into consideration the practical issue of evidence.

To fulfill the purpose of this paper, relevant sources such as legislation, travaux préparatoires, case law and literature will be analyzed and discussed.

In the first part of the paper, the characteristics and definition of AI is discussed. This part of the paper shows that AI is unique in its complex technical structure, the plurality of operators in the supply-chain, in its ability to self-learn and autonomous decision making.

In the second part of the paper the characteristics and the terms of the Law of Negligence is analyzed. Thereafter the applicability of said law to AI is discussed. This part of the paper shows that mainly the criteria of negligence and foreseeability, might be an obstacle. Due to AI's unique nature, the AI could be able to make decisions to no fault of the operator or it could make decisions which could not have been foreseen. Besides the theoretical obstacles, there is also practical obstacles due to AI's complexity, such as its nearly impossible task to prove that any one of the operators is guilty of negligence.

In the third part of the paper the characteristics and terms of Product liability is analyzed. Thereafter the applicability of said law to AI is discussed. Product liability is based on thorough legislation and the terms of Product liability are thoroughly defined in legislation. This creates obstacles for the Product liability's applicability to AI, since AI does not fit, or is uncertain whether it fits, in some of these definitions, mainly the definition of product, producer and defect. Furthermore, there is also practical obstacles, since it can be nearly impossible to prove a defect in an AI-product due to its complicated nature.

In the fourth part of the paper the characteristics and relevant theories regarding non-statutory strict liability is analyzed. Thereafter the applicability of said law to AI is discussed. Henry Ussing proposed a theory of a general non-statutory strict liability rule for all dangerous activity. Though this theory has not been generally accepted by the courts, the courts have used the principals proposed in Ussings theory in cases where non-statutory strict liability have been applied. The courts are

generally hesitant when applying non-statutory strict liability. Though certain AI-products does fit the principals in Ussings theory, adopted by the courts, it is quite uncertain if the courts would apply a non-statutory strict liability for AI due to their hesitant approach to non-statutory strict liability.

In the fifth and final part of the paper a conclusion is reached. This conclusion determines that there is such uncertainties and practical issues regarding evidence, that the current liability regime would need at least a specification to be applicable to damages caused by AI. Alternatively, a law devoted merely to the liability for damages caused by AI might be considered.

Indholdsfortegnelse

1.	Indledning	1
2.	Problemformulering	2
3.	Metode	2
4.	Karakteristika ved AI	7
4.1	Generelt	7
4.2	Aktører i udviklingen af AI	8
4.3	Definitionen af AI	9
4.4	AI som retssubjekt	12
5.	De almindelig erstatningsretlige regler	13
5.1	Ansvarsgrundlag	14
5.1.1	Culpa for aktører	17
5.2	Kausalitet	19
5.3	Adækvans	20
5.3.1	Generelle principper for adækvans	20
5.3.2	Langt fra handling til skade	23
5.3.3	Kumulerede fejl	25
5.4	Bevisbyrden	27
5.5	De almindelig erstatningsretlige reglers anvendelighed for AI	28
5.6	Delkonklusion	32
6.	Produktansvar	33
6.1	Ansvarsgrundlag	35
6.2	Skadesbegrebet	38
6.2.1	Skadestyper	39
6.2.2	Selvbeskadigelseslæren	40
6.2.3	Komponenttilfælde og ingrediensstilfælde	42
6.3	Produkt	43
6.3.1	Er AI et produkt?	45
6.3.2	Delproducentens ydelser	47
6.4	Producent og mellemhandler	48

6.5 Defekt.	50
6.5.1 PAL §5, stk. 1, nr. 1	50
6.5.2 PAL §5, stk. 1, nr. 2	52
6.5.3 PAL §5, stk. 1, nr. 3	53
6.5.4 Andre forhold af relevans for bedømmelsen af om der foreligger en defekt	53
6.6 undtagelser til produktansvaret	54
6.6.1 PAL §7	54
6.6.2 Systemskader	58
6.7 Bevismæssige problemstillinger	58
6.8 Produktansvarets anvendelighed ved AI	59
6.9 Delkonklusion	62
7. Ulovbestemt objektivt ansvar	64
7.1 Ussings tese om ulovbestemt objektivt ansvar for farlig bedrift	65
7.2 Risikobetragtning	67
7.3 Bevismæssige problemstillinger	68
7.4 Det ulovbestemte objektive ansvars anvendelighed overfor AI	69
7.5 Delkonklusion	69
8. Konklusion	71
9. Litteraturliste	75

1. Indledning

For blot få år siden var genstande såsom selvtænkende maskiner og selvkørende biler alene et udtryk for magi eller sci-fi. Med den revolutionære teknologiske udvikling, i det moderne samfund, er vi nu tættere end nogensinde på at have skabt autonome maskiner.

Dette frembringer en række nye juridiske problemstillinger, som samfundet endnu er ved at afklare.

Kunstig intelligens¹ gennemgår en rivende udvikling, og ligesom ved industrialiseringen og opdagelsen af elektricitet forventes det, at autonome robotter vil få en endnu større betydning for forbrugernes hverdag samt samfundets udvikling.²

Grundet AI's massive udvikling er det et område med stadig større økonomisk betydning. I år 2016 blev der alene i Europa investeret mellem 3-4 billioner dollars i AI. Dette er betydeligt mindre end Europas naboer, såsom Asien, der har investeret 8-12 billioner dollars i AI eller Nordamerika, der har investeret 15-23 billioner dollars i AI.³

Dette speciale vil fokusere på de erstatningsretlige problemstillinger, der opstår med den nye teknologi.

Med AI vil der komme større afstand fra udviklernes programmering til de autonome robotters skadelige handlinger. De skadelige handlinger kan udmønte sig i forskellige skadestyper såsom personskade, tingsskade eller almindelig formueskade. De autonome robotter vil automatisk kunne tilpasse sig sine omgivelser, samt træffe selvstændige beslutninger for at opnå sine mål. Disse beslutninger vil i visse tilfælde være uforudsigelige, da AI's tankemønster ikke er sammenlignelig med den menneskelige tankegang.

Skader forvoldt af autonome robotter kan skyldes mange forskellige mangelfulde forhold i produktionskæden såsom fejlkodning, fejltræning, forkert eller mangelfuldt data eller manglende cybersikkerhed.

¹ Herfra kendt som AI

² COM(2018) 237 final, "communication from the commission to the European parliament, the European council, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions on artificial intelligence for Europe", side 1.

³ 10 imperatives for Europe in the age of AI and automation, McKinsey, 2017.

Vi har endnu ikke regler, der specifikt forholder sig til skader forvoldt af AI, hvorfor det endnu er op til de almene erstatningslige regler at regulere markedet.

Det er derfor nødvendigt at gennemgå de erstatningsretlige regler for at undersøge, om de kan rumme de forskellige skadestyper, og de forskellige forhold der medfører skader forvoldt af AI.

Kan vores nuværende erstatningsretlige system på tilfredsstillende vis regulere ansvaret for skader forvoldt af eksisterende og fremtidigt AI, eller er der behov for nye regler, som specifikt regulerer de problemstillinger, som AI medfører?

Forbrugernes tillid til AI afhænger ikke alene af, om AI er sikkert at anvende, men I ligeså høj grad af, hvorvidt AI opfattes som sikkert, samt at det bagvedliggende retssystem er effektivt og sikrer forbrugerne kompensation for skader.⁴

2. Problemformulering

Hvordan finder eksisterende erstatningsregler anvendelse på skader forvoldt af kunstig intelligens?

3. Metode

I dette speciale anvendes den retsdogmatiske metode til at klarlægge, hvilke problemstillinger AI's særlige karakter vil medføre, og hvorvidt disse problemstillinger vil påvirke anvendelsen af de erstatningsretlige regler. For at finde frem til gældende ret for AI, vil de relevante kilder inden for det erstatningsretlige område blive beskrevet, analyseret samt fortolket.⁵ Specialet forholder sig til de potentielle problematikker, som AI vil medføre for den nuværende lovgivning med det formål at præcisere og forholde sig til nuværende samt fremtidige retlige tvivlsspørgsmål.

⁴ COM(2018) 137 final – Liability for emerging digital technologies, side 2

⁵ Retsvidenskab, Carsten Munk-Hansen, 1. udgave, 1. oplag, 2014, side 202 f.

Kilder

Til at klarlægge gældende ret på området benyttes forarbejder, gældende lovgivning, retspraksis, EU-retskilder, udtalelser fra kommissionen, juridisk litteratur samt ekspertudsagn.

Forarbejder

Forarbejder er bemærkninger til lovforslag. Disse beskriver blandt andet, hvad formålet med love har været, og indeholder ofte både bemærkninger til lovforslaget generelt samt til de enkelte bestemmelser. Forarbejderne har derfor væsentlig betydning for lovfortolkningen, hvorfor disse udgør en vigtig retskilde.⁶ I specialet anvendes forarbejderne til produktansvarsloven⁷ til at præcisere og uddybe, hvad der omfattes af lovens bestemmelser, med henblik på at undersøge, om PAL er egnet til at regulere AI på trods af dennes særlige karakter.

Gældende lovgivning

Love er udtryk for den gældende retsopfattelse, hvorfor lovgivning som udgangspunkt skal prioriteres over andre retskilder.⁸ Specialet fokuserer primært på PAL, som anvendes til at analysere omfanget af lovens legaldefinitioner. Derudover redegøres der for lovens pligtregler, hvorefter disse analyseres samt diskuteres for at undersøge, hvilke regler der gælder for producenter samt mellemhandlere af AI⁹.

EU-retskilder

Direktiverne er bindende for medlemslandene, og fastsætter et mål, som de enkelte EU-lande skal leve op til. Dette sker ved at implementere direktiverne i national lovgivning.¹⁰ I specialet er produktansvarsdirektivet anvendt, da dette er implementeret i PAL. Direktivet anvendes til at klarlægge hensigten bag produktansvarsreglerne samt til at analysere, hvad der omfattes af lovens definitioner.

⁶ Juridisk grundbog, W.E. von Eyben. 5. udgave, 1 oplag, 1. bind, 1991, side 17

⁷ Herfra kendt som PAL

⁸ Retkilderne og den juridiske metode, Jens Evald, 2. udgave, 2000, side 27

⁹ Retkilderne og den juridiske metode, Jens Evald, 2. udgave, 2000, side 30

¹⁰ EU-retten, Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen og Jens Hartig Danielsen, 2014, side 97

EU-domme er bindende i Danmark, hvorfor domstolene skal lægge disse afgørelser til grund for sine afgørelser.¹¹ I specialet anvendes den principielle EU-dom C-402/03 Skov and Bilka til at klarlægge omfanget af melleghandleres hæftelse.

Retspraksis

Specialet vil analysere retspraksis, hvor dette findes relevant. Retspraksis anvendes særligt til at præcisere begreber, samt til at udlede gældende retstilstande, for derefter at vurdere, hvorledes disse retstilstande vil kunne rumme samt regulere AI. Retspraksis er en vigtig retskilde, idet domme repræsenterer gældende ret på domsafsigelsestidspunktet. Det er forsøgt at finde nyere afgørelser, men dette har dog ikke altid været muligt, hvorfor også ældre retspraksis er inddraget. Det er dog undersøgt, at de udledte retstilstande stadig er gældende, og der er ligeledes taget højde for den teknologiske udvikling i analysen af domme af ældre karakter. Specialet anvender udelukkende retspraksis fra Landsret og Højesteret, idet afgørelser fra disse instanser har en højere præjudikatsværdi end domme fra byretten.

Meddelelser fra kommissionen

Specialet inddrager meddelelser fra kommissionen til at redegøre for AI samt til at belyse nogle af de problemstillinger, som udbredelsen af AI frembringer. Disse meddelelser er ikke bindende, hvorfor deres retskildemæssige værdi kan diskuteres. Kommissionen har en vigtig rolle i den EU-retlige lovgivningsproces, idet kommissionen kan fremsætte forslag til EU-lovgivning. Meddelelserne fremgår ligeledes af gennemarbejdede rapporter, hvor AI-specialister har været inddraget, hvor dette har været relevant. På denne baggrund vurderes det, at meddelelserne kan anvendes som et fortolkningsbidrag til at udlede retstilstanden for AI.

Juridisk litteratur

Juridisk litteratur udgør ikke en hjemmel, men kan dog bruges som fortolkningsbidrag til at fastlægge den gældende retstilstand. I specialet er juridisk litteratur primært anvendt på ulovregulerede områder, dvs. på retspraksisudviklede områder. Juridisk litteratur er anvendt som fortolkningsbidrag i hovedafsnittene "de almindelige erstatningsretlige regler" samt "ulovreguleret objektivi ansvar". Noget af den anvendte litteratur er ældre litteratur, da det grundet covid-19 ikke har været

¹¹ EU-retten, Karsten Engsig Sørensen, Poul Runge Nielsen og Jens Hartig Danielsen, 2014, side 103

muligt at skaffe de nyeste udgaver af litteraturen. Der er dog taget højde for lovændringer, således den anvendte litteratur stadig beskriver den gældende retstilstand.

Ekspertudsagn

Afsnittet ”karakteristika ved AI” er baseret på viden, der er opnået gennem et interview med en udvikler af AI. Det er valgt at foretage et interview, da det på denne måde var muligt at opnå viden om AI med en juridisk vinkel. På denne måde forholder specialet sig alene til information om AI, som er relevant i forhold til den juridiske bedømmelse heraf. Da det ikke har været muligt at hen-vise til en kilde, er specialet vedlagt et anonymiseret referat af mødet.

Struktur

I projektet er der anvendt en analysemodel med det formål at skabe sammenhæng i projektet og dermed gøre projektet mere overskueligt for læseren.

I projektet redegøres der først for AI. I dette afsnit redegøres der for, hvilke faser der indgår i udviklingen af AI, samt hvilke aktører der spiller en rolle i udviklingen. Derudover diskuteres det i dette afsnit, hvilke udfordringer det kan give, at disse aktører deltager i udviklingen af AI, samt hvorvidt AI kan betragtes som et retssubjekt. Dette afsnit skaber en baggrundsforståelse for de emner, der analyseres samt diskuteres i projektet.

I de tre hovedafsnit ”de almindelige erstatningsretlige regler”, ”produktansvar” og ”ulovbestemt objektivt ansvar” anvendes den følgende analysemodel:

1. Formål og karakteristika for de pågældende regler
2. Centrale begreber/tese
3. Bevismæssige problemstillinger
4. Anvendelighed for AI
5. Delkonklusion

Der redegøres først for reglerens formål og karakteristika, for at forstå hensynene bag reglerne, idet hensynene får betydning for diskussionen om, hvorvidt reglerne kan finde anvendelse på AI.

Afsnittene om centrale begreber og Ussings tese består af afsnit, hvor begreberne og tesen redegøres for og analyseres med henblik på at undersøge, hvorvidt og i hvilket omfang disse vil være i stand til at regulere AI. Dernæst diskuteres det, hvordan disse begreber udfordres af AI.

Dernæst diskuteres de bevismæssige problemstillinger, som AI medfører for hvert af de særlige retsområder.

Afsnittene om reglernes anvendelighed for AI er afsnit, der både opsamler og diskuterer de temaer, der er behandlet under centrale begreber og Ussings tese. I afsnittet diskuteres det ligeledes, hvorvidt reglerne er anvendelige på skader forvoldt af AI, samt hvilke udfordringer AI's særlige karakteristika giver i forhold til de eksisterende regler.

Projektet afsluttes med en konklusion, hvor de væsentligste pointer gengives.

Afgrænsning

I specialet undersøges det, hvorvidt de nugældende erstatningsregler kan begrunde et erstatningsansvar for skader forårsaget af AI. I projektet fokuseres der på dansk rets almindelige erstatningsregler, PALs bestemmelser samt ulovbestemt objektivt ansvar, hvorfor projektet anlægger et bredt perspektiv frem for blot at beskæftige sig med ét af de nævnte ansvarsgrundlag. Det brede perspektiv er anvendt, idet reglerne har et samspil. Ved at anlægge et bredt perspektiv, giver det ligeledes et bedre helhedsbillede af, hvilke problematikker AI's særlige karakter kan give for de nuværende erstatningsregler.

Specialet forholder sig ikke til en bestemt type AI, da dette vil være mest fyldestgørende for projektets problemstilling. Dette skyldes, at AI er mangeartet og af så forskellig karakter, at specialet bedre vil skabe et helhedsbillede af de problemstillinger, som AI's særlige karakter medfører, ved blot at forholde sig til den hurtigt udviklende AI industri som helhed.

Selvom branchespecifikke regler kan være relevante i forhold til skader forvoldt af AI, herunder særligt i forhold til produktansvarsreglerne samt de almindelige erstatningsretlige regler, afgrænses projektet til kun at omfatte de generelle erstatningsretlige regler. Branchespecifikke regler vil derfor ikke blive behandlet i dette projekt, idet det vil medføre, at projektet bliver for omfattende, og projektet vil derfor miste sin overskuelighed.

Af samme grund vil nærliggende juridiske temaer såsom datasikkerhed, cybersikkerhed, person-databeskyttelse og lignende ikke blive behandlet.

4. Karakteristika ved AI

4.1 Generelt

Ideen om autonome, selvtænkende, menneskeskabte objekter kan spores langt tilbage i samfundet.

EU-Kommissionen definerer AI som “systemer, der udviser intelligent adfærd ved at analysere omgivelserne og handle – med en vis autonomi – for at opnå specifikke mål. AI-baserede systemer kan være rent softwarebaserede eller kan indlejres i hardwareudstyr.”¹²

AI fungerer ved, at udvikleren giver systemet et bestemt mål. Hvis man tager udgangspunkt i autonome biler, kan målene eksempelvis være:

- 1) Ikke at køre galt
- 2) Ikke at forvolde skade
- 3) Overholde færdselsloven

For at systemet kan nå disse mål, skal systemet bruge en række værktøjer til at analysere de relevante faktorer. I forhold til selvkørende biler kan værktøjerne eksempelvis være kameraer eller sensorer, så systemet er i stand til at identificere, hvad der sker i omgivelserne. For at systemet kan træffe rigtige beslutninger, skal systemet ligeledes bruge en mængde data. Brugen og kvaliteten af data er afgørende for systemets evne til at træffe rigtige beslutninger. Data opdeles i træningsdata og valideringsdata. På baggrund af den kategoriserede træningsdata trænes systemet til at træffe rigtige beslutninger, så systemet er i stand til at nå det specifikke mål. Træningen af AI foregår således, at AI selvstændigt forsøger at kategorisere data, på baggrund af en række givne faktorer om den pågældende data, eks. hvilken farve data har, størrelse, bevægelse mm. Hvis opgaven er at kategorisere en fare, vil AI selvstændigt forsøge at kategorisere data som farligt/ikke-farligt. Såfremt AI kategoriserer data forkert, vil AI forsøge at ændre den metode, hvorpå den kategoriserer data, indtil den selvstændigt kan kategorisere data korrekt med en vis nøjagtighed. I starten vil

¹² COM(2018) 237 final, side 1

systemet blot gætte sig frem, men efter at have oplevet succes vil systemet anvende erfaringerne fra sin succes til at optimere sin nøjagtighed. Efter den fuldendte træning foretages en test med valideringsdata for at undersøge, hvorvidt systemet har lært at træffe de rigtige beslutninger, samt hvor nøjagtig systemet er i sin beslutningstagning. Det kan tage AI mange millioner forsøg, før den har lært at systematisere informationen, så den nøjagtigt kan identificere data.

4.2 Aktører i udviklingen af AI

Der er adskillige trin i udviklingen af AI. I hver af disse trin indgår der menneskelige handlinger og beslutninger, hvilket medfører en risiko for menneskelige fejltagelser. Visse aktører er involveret i adskillige trin i udviklingen af AI, mens andre aktører kun har begrænset indflydelse. I dette afsnit vil det kort gennemgås, hvilke aktører der er involveret i udviklingen af AI. Samtidigt vil det kort diskuteres, hvilke udfordringer der kan opstå i de forskellige stadier i udviklingen.

Typisk vil udviklingsprocessen starte ved, at **køber** (B2B) kontakter en udvikler med henblik på at få udviklet AI. **Udviklingsvirksomheden** vil have ansvaret for, at produktet møder købers forventninger og spiller en central rolle i forhold til de øvrige aktører i udviklingen af AI. Hvis udviklingsvirksomheden skal udarbejde AI til f.eks. en selvkørende bil, er det nødvendigt at informere AI'en om, hvilke faktorer AI'en skal være særligt opmærksomme på i trafikken. Personen, der identificerer disse relevante faktorer, betegnes i dette projekt som **eksperten**. Hvis ekspertens vurdering af relevante faktorer er mangelfuld, kan dette medføre skader og erstatningsansvar. Efter man har fortalt AI'en, hvilke faktorer der er relevante, skal AI'en lære at systematisere disse faktorer. Før AI'en kan systematisere faktorer, skal AI'en lære at genkende de indtryk, den møder. Dette gøres ved, at AI'en trænes i at genkende **data**. Der skal bruges en enorm mængde data for at sikre, at AI'en kan navigere i den virkelige verden. Data kan enten købes via databiblioteker, open source-databiblioteker eller kan indsamles af udviklingsvirksomheden selv. Såfremt dataene ikke repræsenterer den virkelige verden, eller på anden måde er mangelfuld, vil dette betyde, at AI'en ikke vil kunne genkende de indtryk, den møder, hvilket kan give stor risiko for skader.

Under træningen vil AI'en forsøge at genkende de indtryk, den møder via forskellige metoder. Dette sker ved, at systemet ud fra det givne data vilkårligt gætter sig frem til, om noget eksempelvis kan betragtes som en fare eller ej. Hvis AI'en ikke identificerer data korrekt, vil systemet justere på de givne faktorer, indtil det med en vis nøjagtighed kan identificere de forskellige indtryk.

Det er derfor nødvendigt at fortælle AI'en, om den har kategoriseret træningsdataet korrekt eller ej. Dette gøres ved et forløb, der kaldes **labeling**. Ved labeling er der mennesker, der identificerer dataet, så AI'en har en referenceramme til bedømmelse af, om den selv kan identificere dataet korrekt. **Træningen** er den proces, hvor AI lærer at systematisere data ud fra de faktorer, den er blevet givet. Denne proces starter med, at AI vilkårligt gætter sig frem til, hvilke faktorer der er afgørende for identificeringen af data. Når AI begynder at gætte, lærer den af sine erfaringer og justerer på faktorerne, således at den bliver bedre til at identificere ting korrekt. Dette er en proces, der kan tage mange millioner af forsøg, førend AI med en vis korrekthed kan identificere data. Hvis man overtræner AI med den samme data, kan man risikere, at AI ikke lærer at identificere en faktisk fare, men alene kan identificere den givne data. Det er derfor vigtigt med et varieret valideringsdata for at sikre, at AI kan bedømme de faktiske forhold og ikke blot genkender træningsdataet.

Alle disse trin kan give forskellige problematikker i forhold til AI'ens funktion. De forskellige problematikker kan alle medføre potentielle erstatningsretlige problemstillinger med forskellige ansvarlige aktører.

Dette tydeliggør ligeledes mangfoldigheden i de skader, og årsagen til skader, som AI kan medføre og dermed kompleksiteten i at fastsætte et erstatningsansvar.

4.3 Definitionen af AI

Selvom kommissionen har defineret AI, har dette ikke afklaret spørgsmålet om, hvad der betragtes som "intelligens".

Jacob Turner har sammenlignet det at definere AI med at jage horisonten.¹³ Så snart vi bliver fortrolige med en AI-lignende teknologi, stopper forbrugerne med at betragte dette som AI, men anser det i stedet som et almindeligt program.

Hvorfor definere AI?

Der har været forskellige holdninger til nødvendigheden af en specifik definition af AI. Den amerikanske datamatiker og videnskabsmand Jerry Kaplan har argumenteret for, at den manglende

¹³ Robot Rules, af Jacob Turner, 2019 (herfra kendt som Robot Rules), s. 8

definition af begrebet fremmer den tekniske udvikling af AI.¹⁴ Dette skyldes, at udviklerne ikke bliver begrænset af definitioner, hvorfor de kan udvikle deres projekter frit og uafhængigt.

Ud fra et juridisk perspektiv kan en definition af AI dog blive nødvendig. Såfremt man ønsker at implementere en lov, der specifikt regulerer AI, eksempelvis om erstatningsansvar, immaterielle rettigheder, persondata politik mm., er det nødvendigt med en definition, således man kan vurdere, om man befinder sig inden eller uden for lovens anvendelsesområde. Såfremt man finder det unødvendigt med love, der specifikt regulerer AI, da man finder, at de nuværende erstatningsregler uproblematisk kan finde anvendelse på nuværende og fremtidigt AI, er en fast definition dog ikke nødvendig.

På baggrund af AI's unikke karakter og særlige udfordringer findes det, at det sandsynligvis vil blive nødvendigt at implementere særlige regler til regulering af AI.¹⁵ Med nye regler vil brugere og udviklere nemmere kunne kende deres retsstilling, og det vil ligeledes sikre den præventive effekt, som lovgivning nødvendigvis medfører.

Definitionen af AI.

For at sikre retssikkerheden findes det derfor at være nødvendigt med en definition af, hvad der kan betragtes som kunstig intelligens. Mange har forsøgt at definere, hvad der kan betragtes som intelligens i autonome robotter. Der er dog endnu ikke opnået generel enighed herom.

En definition af AI, der er baseret på menneskelig adfærd og rationale, er problematisk, da det kan være nært umuligt at identificere, hvorvidt handlinger er udtryk for menneskelig adfærd og rationale eller blot er udtryk for mekanisk systematisering. Det er nært umuligt for en udefrakommende at gennemskue, hvilke bevæggrunde AI har for sine handlinger, og dermed om handlingerne er udtryk for en intelligent handling.

Andre har ligeledes forsøgt at definere kunstig intelligens med en anerkendelse af, at en gengivelse af menneskelig adfærd ikke nødvendigvis er et udtryk for intelligens.¹⁶ Denne skole forsøger at definere kunstig intelligens med menneskelig intelligens. UK departement for erhverv, energi og

¹⁴ Robot Rules, s. 7

¹⁵ COM (2020) 65 final, White paper on artificial intelligence – A European approach to excellence and trust. (Herfra kendt som COM(2020) 65 final.), s. 16

¹⁶ Robot rules s. 11

industriell strategi har eksempelvis defineret kunstigt intelligens som ”technologies with the ability to perform tasks that would otherwise require human intelligence.”¹⁷

Denne definition stiller imidlertid ligeså mange spørgsmål, som den giver svar. Hvad kan man betragte som menneskelig intelligens? Denne definition undgår det ovenstående problem, ved at lade kunstigt intelligens defineres af menneskelig adfærd men skaber dog et nyt problem, da der opstår endnu et definitionsspørgsmål.

Jacob Turner foreslår en tredje definition, som lægger vægt på robotternes beslutningsproces. Jacob Turner foreslår, at kunstigt intelligens skal defineres således: “Artificial intelligence is the ability of a non-natural entity to make choices by an evaluative process.”¹⁸

Jacob Turner har udarbejdet sin definition af AI med henblik på at kunne anvende denne i det juridiske system. Jacob Turner uddyber selv, hvad der menes med en evaluerende proces. Hermed mener Jacob Turner, at det er en forudsætning for en evaluerende proces, at beslutninger skal træffes ud fra principper. Principper adskiller sig markant fra regler. Hvor regler er almengældende og udelukker hinanden, kan flere forskellige principper være i spil på samme tid, og hvert princip gælder med en vis “tyngde”.¹⁹ De principper, der kan have betydning for den evaluerende proces, kan variere, da dette afhænger af karakteren og brugen af AI.

Hvorledes man mest uproblematisk kan definere intelligens er fortsat uafklaret. Spørgsmålet har nærmest filosofisk karakter men er af stor juridisk betydning. Definitionen af kunstigt intelligens må nødvendigvis være bredt formuleret, således der kan tages hensyn til den hurtige udvikling på området, men samtidigt må den ikke være så vagt formuleret, at den omfatter alle former for teknologi.

Det er ikke nødvendigt for behandlingen af dette emne at arbejde med en specifik definition af AI. I dette speciale er der dog taget udgangspunkt i, at AI blandt andet vil være i stand til selv læring og til at træffe autonome beslutninger. Dette betyder, at AI vil kunne tilegne sig viden og vaner på baggrund af AI’ens miljø, efter AI’en er sat i omsætning. En nærmere definition af AI er ikke nødvendig for nærværende fremstilling.

¹⁷ Industrial Strategy “Building a Britain fit for the future”, november 2017, s. 37

¹⁸ Robot rules, s. 16

¹⁹ Robot Rules, side 17f.

4.4 AI som retssubjekt

Det har været diskuteret, hvorvidt AI kan betragtes som et selvstændigt retssubjekt.²⁰ Dette har tilmed været diskuteret ved europaparlamentet.²¹ Da AI kan træffe selvstændige beslutninger, og lære af sit miljø, er det naturligt, at dette spørgsmål opstår.

Det vil midlertidigt skabe en lang række problemstillinger, hvis AI tildeles status som retssubjekt, da AI på trods af sin intelligens næppe har andre menneskelige egenskaber og værktøjer såsom en bankkonto eller forsikringer. Derfor vil dette medføre et hul i lovgivningen, da sædvanlige juridiske sanktioner, såsom erstatning eller bøder, vil være nytteløse mod AI. Dette vil ligeledes betyde, at forbrugere og virksomheder kan lide store tab uden mulighed for kompensation.

Såfremt AI skal være et selvstændigt retssubjekt, bør man overveje at skabe en ny form for retssubjekt eller fremsætte krav, førend AI kan tildeles status som et retssubjekt.

Da dette endnu ikke er aktuelt, er det ikke afgørende for dette projekt. Dog bør man i fremtiden holde øje med udviklingen af AI samt revurdere nødvendigheden af at definere AI som et selvstændigt retssubjekt.

²⁰ Robot rules s. 173ff.

²¹ European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), afnist 59, f.

5. De almindelig erstatningsretlige regler

Hvis ikke andet følger af praksis, lov eller aftale, gælder de almindelige erstatningsretlige regler. De almindelige erstatningsretlige regler er i høj grad udviklet gennem retspraksis. Erstatningsudmålingen er dog reguleret i Erstatningsansvarsloven.²²

Formålet med de almindelige erstatningsregler er at overflytte tabet fra en uskyldig part til en ansvarlig part. Har A ved sin uansvarlige adfærd forvoldt skade på B, er det kun rimeligt, at det er A, der skal bære tabet hos B.

Man kan sige, at de erstatningsretlige regler overordnet har to formål; skabe tryghed og forhindre uønsket adfærd.²³

De almindelige erstatningsretlige regler er karakteriseret ved, at der alene kan fastsættes et erstatningsansvar, såfremt de almindelige erstatningsretlige betingelser er opfyldt. Betingelserne for at blive idømt et erstatningsansvar bliver ofte omtalt som de erstatningsretlige grundbetingelser.²⁴

Disse betingelser er:

1. Tab.
2. Ansvarsgrundlag.
3. Kausalitet (årsagssammenhæng)
4. Adækvans (påregnelighed).

Ved udviklingen af disse regler var AI fortsat sci-fi, hvorfor reglerne ikke er tilpasset AI's særlige natur.

Kravet om tab er et krav til skadelidte, hvorfor udviklingen af AI ikke giver problemer i forhold til denne betingelse. Dermed vil betingelsen om et lidt tab ikke blive behandlet yderligere.

Derimod er kravene om ansvarsgrundlag, adækvans og kausalitet alle krav til skadevolder. Udviklingen af AI giver derfor nye udfordringer på disse områder.

²² Lærebog I erstatningsret, af Bo von Eyben og Helle Isager, 8 udgave, (herfra Lærebog i erstatningsret) s. 43

²³ Lærebog i erstatningsret s. 48f.

²⁴ Lærebog I erstatningsret s. 25 ff.

5.1 Ansvarsgrundlag

Før der idømmes et erstatningsansvar, skal der som udgangspunkt være foretaget end handling, som kan bebrejdes skadevolder. Typisk kan skadevolder bebrejdes, fordi vedkommende ikke har levet op til sine forpligtelser ifølge en aftale, eller fordi skadevolder har haft en adfærd, som betragtes som uhensigtsmæssig.

Når man ifalder ansvar uden for kontrakt, ifalder man det, som kaldes et deliktansvar.²⁵ Deliktansvaret er situationen, hvor man ifalder et ansvar på baggrund af sin dadelværdige adfærd. Den typiske målestok, for hvornår en adfærd betragtes som ansvarspådragende, er culpa.

Ved vurderingen af om nogen har handlet ansvarspådragende, kigger man som udgangspunkt på, om vedkommende har handlet culpøst. En person har handlet culpøst, såfremt vedkommende ikke har udvist tilstrækkelig agtpågivenhed. I vurderingen af om der er udvist tilstrækkelig agtpågivenhed, kigger man typisk på, hvordan en "almindelig god samfundsborger" ville have ageret i samme situation. Denne almindelige gode samfundsborger er naturligvis en fiktiv standard, som ikke begår almindelige menneskelige fejl, men derimod altid opfører sig korrekt og godt.²⁶ Med andre ord kan det siges, at man har handlet culpøst, såfremt ens adfærd, det vil sige handlinger eller undladelser, afviger fra den anerkendte handlemåde.²⁷

I vurderingen af om handlingen/undladelsen kan betragtes som culpøs, skal handlingen vurderes ud fra samtidens handlemåde. Dette følger af praksis, eksempelvis dommen U 1994.659 V, hvor landsretten udtaler "*Det må som et væsentligt og tungtvejende element i forsvarlighedsbedømmelsen også indgå, om virksomhedens bortskaffelsesmetode afveg fra, hvad der under hensyn til såvel den konkrete som den generelle viden på deponeringstidspunktet var et anerkendt adfærdsmønster for håndtering af kemikalieaffald m.v. i virksomheder som den sagsøgte*"²⁸(egne fremhævelser). Samme tendens ses også i nyere praksis. I dommen U 2008.1861 H angav højesteret i sin begrundelse, at "*...er der ikke grundlag for at fastslå, at (...) galvaniseringsarbejde var fagligt uforsvarligt efter forholdene på udførelsestidspunktet*" (egne fremhævelser).

²⁵ Lærebog i erstatningsret, s. 28

²⁶ Lærebog i erstatningsret s. 89

²⁷ ET.2019.2, Ansvar for skader forvoldt af autonome robotter af Steffen Hebsgaard Muff og Simon Petersen (Herfra kendt som "ET.2019.2"), s. 2

²⁸ U 1994.659 V, s. 14

I forhold til culpavurderingen af AI har dette muligvis en afgørende betydning. AI er en nyskabelse, hvorfor det kan være nært umuligt at forudsige, hvilke konsekvenser det kan have, såfremt der er fejl i eksempelvis formuleringen af AI's mål eller andet. Dette betyder også, at der ikke er en generel viden om AI og dennes konsekvenser, hvorfor der ikke er et anerkendt adfærdsmønster, som kan anvendes til vurderingsgrundlag for culpabedømmelsen.

AI's særlige karakter giver en række forskellige udfordringer. Da AI fortsat er en nyskabelse, kan det være svært at forudsige, hvilke konsekvenser AI kan medbringe på sigt. Det er nok de færreste, der havde forudset de miljømæssige konsekvenser af industrialiseringen. På samme måde kan AI potentielt medføre konsekvenser af global betydning. Denne betragtning er ligeledes gældende for skader af erstatningsretlig karakter. Med den nuværende viden vil udviklere ikke kunne forudsige samtlige konsekvenser af AI.

Dette bliver besværliggjort af, at AI's handlingsmønster ikke kan sammenlignes med den menneskelige. AI er udviklet til at opnå et mål med de værktøjer, den er blevet givet. AI vil forsøge at nå dette mål ved at justere og sammensætte faktorer, som vi mennesker typisk vil betragte som værende betydningsløse.

En culpabedømmelse er, jf. ovenstående, per definition en bedømmelse, hvor man sammenligner adfærd med allerede anerkendt adfærd. Heri ligger også at handlinger, som ikke har en kendt farlighed, ikke kan betragtes som culpøse. Før en handling kan betragtes som culpøs, bør skadevolder være bekendt med, at der er et element af farlighed på handlingstidspunktet.

I og med at AI er en nyskabelse er der endnu ikke en anerkendt adfærd i forhold til udviklingen og brugen af AI. Dette skaber udfordringer i forhold til den almindelige culpabedømmelse, da der ikke eksisterer et sammenligningsgrundlag. Dette bliver yderligere besværliggjort af, at farligheden af AI endnu er ukendt, hvorfor en del handlinger endnu ikke kan betragtes som culpøse.

En måde, hvorpå problemet med det manglende sammenligningsgrundlag kan imødekommes, er ved at skabe lovmæssige rammer for, hvad der må betragtes som anerkendt adfærd for udvikling og brug af AI. Sådanne rammer er allerede ved at blive udviklet i form af etiske retningslinjer for brugen af AI²⁹. Etiske retningslinjer har naturligvis ikke til formål at regulere det erstatningsretlige

²⁹ COM(2018) 137 final, s. 3

ansvar, men er derimod af disciplinær karakter. Dette betyder dog ikke, at de disciplinære regler er uden betydning for den erstatningsretlige bedømmelse.³⁰

I praksis ser man, at en overtrædelse af reglerne om god skik kan medføre præsumptionsansvar. Dette var eksempelvis tilfældet i dommen U 2006.218 Ø, hvor landsretten udtalte, at “... ved en sådan klar advokatfejl, kan der kun statueres ansvarsfrihed, hvis det med en betydelig grad af sandsynlighed må antages, at der ikke er årsagssammenhæng mellem fejl og tab.”³¹ Landsretten fandt således, at såfremt det kunne bevises, at advokaten havde begået fejl og overtrådt reglerne for god skik, måtte advokaten bære bevisbyrden for, at dennes fejl ikke var årsagen til tabet. Dette sker, da der opstår en formodning for, at overtrædelsen af god skik typisk også vil være ansvarspådragende. Det er naturligvis ikke enhver overtrædelse af god skiks reglerne, der medfører et præsumptionsansvar. Overtrædelsen skal være af en vis karakter, før man vender bevisbyrden.

Den 8. april 2019 offentliggjorde Europa-kommissionen “etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens” udarbejdet af en ekspertgruppe³². Disse retningslinjer er udarbejdet med henblik på at fremme udviklingen af pålidelig kunstig intelligens³³, og skal alene betragtes som vejledende, da de forskellige anvendelsesmuligheder for AI medfører forskellige etiske retningslinjer.³⁴

Retningslinjerne indeholder blandt andet vejledninger om teknisk robusthed og sikkerhed. Af retningslinjerne fremgår det, at “AI-systemer bør som alle andre softwaresystemer være beskyttet mod svagheder, der betyder, at de kan udnyttes af uvedkommende” og at “AI-systemer bør omfatte sikkerhedsforanstaltninger, der understøtter en fallback-plan i tilfælde af problemer.”³⁵ Selvom disse etiske regler ikke er udarbejdet med henblik på at regulere det erstatningsretlige ansvar, vil retningslinjer som disse og lignende utvivlsomt få betydning i bedømmelsen af, hvorvidt der er handlet culpøst. En overtrædelse af bestemmelser som disse vil sandsynligvis skabe en formodning for, at der er handlet culpøst, hvorefter skadevolder må bære bevisbyrden for, at overtrædelsen af de etiske regler ikke er årsagen til skaden.

³⁰ Erstatningsretlige grænseområder af Vibe Ulfbeck, 2. udgave, 1. oplag 2010 (Herfra “Erstatningsretlige grænseområder”), s. 33 f.

³¹ U 2006.218 Ø, s. 7

³² Den uafhængige ekspertgruppe på højt niveau om kunstig intelligens, etableret af Europa-kommissionen i juni 2018, “etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens”, herfra omtalt som “etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens”.

³³ Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens, s. 2

³⁴ Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens, s. 6

³⁵ Etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens, s. 17f

Selvom etiske regler typisk er disciplinære regler, får de dermed alligevel betydning for den erstatningsretlige bedømmelse. En generel regulering af AI, såsom etiske eller sikkerhedsmæssige regler, kan være medvirkende til at skabe et sammenligningsgrundlag for culpabedømmelsen - uanset om dette har været hensigten med reguleringen.

5.1.1 Culpa for aktører

Det medfører tillige problemer, at der er mange forskellige aktører involveret i udviklingen af AI. Hermed opstår spørgsmålet om, hvem i processen der skal have handlet culpøst, før der kan fastsættes et erstatningsansvar. Inden for erstatningsretten kigger man typisk på skadevolderens skadelige adfærd, og hvorvidt denne kan betragtes som culpøs. Skadevolder vil i denne situation være AI'en. Hermed opstår spørgsmålet om, hvorvidt det er AI'ens adfærd, der skal kunne betragtes som culpøs?

Som nævnt ovenfor vurderer man culpa ved at sammenligne handlingen med, hvad der betragtes som korrekt anerkendt adfærd i samtiden. Dette er undertiden også blevet kaldt *Bonos Pater familias*, altså "hvad vil den gode familiefader gøre" eller "hvad vil den gode samfundsborger gøre"³⁶. Såfremt det er skadevolderens, altså AI'ens, handling der skal betragtes som culpøst, opstår spørgsmålet om, hvorvidt denne culpavurdering skal sammenlignes med en almindelig samfundsborger.

Det anslås, at op i mod 75% af dødelige trafikulykker skyldes menneskelige fejl, hvoraf de vigtigste faktorer er høj fart, distraktion samt kørsel i spirituspåvirket tilstand³⁷. Da AI endnu ikke kan udvise disse former for menneskelig adfærd, vil brugen heraf utvivlsomt nedbringe antallet af dødelige ulykker. De ulykker, som AI vil være skyld i, vil derimod ofte være udtryk for fejlkodning, fejlindlæring eller mangelfulde data. Det vil derfor ikke være meningsfuldt at sammenligne skadevoldende adfærd hos AI med skadevoldende adfærd hos mennesker, da de sjældent vil være sammenlignelige.

Det bør desuden overvejes, hvorvidt det afgørende for erstatningsansvaret bør være AI's skadevoldende handling, eller om AI's skadevoldende handling kunne være undgået, såfremt udviklerne

³⁶ Lærebog i erstatningsret, s. 91.

³⁷ COM(2016) 787 final - Redning af liv: forbedret sikkerhed i biler i EU s. 4

var mere omhyggelige. Uanset om AI har handlet på en måde, som må betragtes som ansvarspådragende, så er AI endnu ikke et selvstændigt retssubjekt, som man selvstændigt vil kunne kræve erstatning fra. Det er derfor en betingelse for at pålægge et erstatningsansvar, at den af AI'en udviste ansvarspådragende adfærd kan bebrejdes udvikleren.

En af de mange aktører i udviklingen af AI må derfor have handlet adfærdspådragende, før skadelidte kan kræve erstatning. Da der er adskillige aktører involveret i udviklingen af AI, kan det være svært at identificere, hvilken aktør der er ansvarlig for AI'ens skadevoldende handling. Det kan derfor være fristende at placere ethvert ansvar ved én aktør såsom sælgeren af AI. Dette strider dog imod de almindelige principper for erstatningsansvar.

Det følger af de almindelige principper for erstatningsansvar, at man alene bliver ansvarlig for sine egne culpøse handlinger. Den virksomhed som sælger AI har ikke nødvendigvis mulighed for at tilrettelægge de øvrige aktørers arbejde. De øvrige aktører er ikke nødvendigvis ansat ved den sælgende virksomhed, hvorfor den sælgende virksomhed ikke har beføjelser over disse aktører. Den sælgende virksomhed køber blot produktet, eksempelvis data, af en tredjepart. Hvis dataene er mangelfulde, har den sælgende virksomhed heller ikke nødvendigvis ekspertise til at kunne gennemskue dette.

Da den sælgende virksomhed ikke har beføjelser over de øvrige aktører, og da den sælgende virksomhed ikke nødvendigvis har tilstrækkelig ekspertise til at kontrollere de øvrige aktørers arbejde, vil man ikke automatisk kunne pålægge den sælgende virksomhed ansvar for de øvrige aktørers culpøse handlinger. Den sælgende virksomhed har ikke nødvendigvis selv handlet culpøst ved ikke at have opdaget manglen i de øvrige aktørers arbejde, og det vil derfor stride imod de almindelige regler for erstatningsansvar, såfremt man pålægger den sælgende virksomhed ansvaret for samtlige aktørers mangelfulde arbejde.

EU-kommissionen har foreslået, at ansvaret for AI's skadevoldende handlinger skal placeres ved den aktør, som er bedst egnet til at forhindre den potentielle risiko.³⁸ Denne betragtning stemmer overens med principperne for de almindelige erstatningsretlige regler, hvorefter ansvar alene kan pålægges en part, såfremt denne har ansvar for skaden.

En anden problematik, som opstår ved anvendelsen af AI, er, at skader, som AI forvolder, kan skyldes fejl i AI's egen indlæring. Som tidligere nævnt trænes AI, hvorefter det bliver sendt på

³⁸ COM(2020) 65 final, white paper on artificial intelligence, s. 22

markedet, når systemet med en vis nøjagtighed kan træffe rigtige beslutninger. AI holder dog ikke op med at lære efter systemet er implementeret på markedet, da systemet vil fortsætte med at lære på baggrund af den erfaring, det gør sig, hvorefter AI vil inddrage sin nye erfaring i sine beslutninger. Hvis der sker fejl i denne indlæring, er det muligt, at AI vil træffe en forkert beslutning, som vil forårsage skader, fx en autonom bil der kører galt, fordi den laver en fejlidentificering. Fejlen skyldes i dette tilfælde AI's fejlindlæring og ikke en fejl fra de adskillige aktørers side. Der er derfor ikke en aktør i produktionsprocessen, som har handlet uagtsomt, hvorfor disse aktører ikke kan gøres ansvarlige for skaden efter en culpanorm. Det er heller ikke muligt at gøre AI ansvarlig for skader, idet AI ikke er et selvstændigt retssubjekt. Dermed kan culpa være utilstrækkeligt som ansvarsgrundlag,³⁹ og skadelidte kan risikere at komme i en situation, hvor skadelidte ikke kan opnå compensation, idet ingen kan gøres ansvarlig for skaden.

5.2 Kausalitet

Det er en forudsætning for fastsættelsen af et erstatningsansvar, at den culpøse handling også er skyld i den indtrådte skade. Det vil sige, at handlingen eller undladelsen foretaget af AI'en også er det, der resulterer i skaden. Dette kriterie kaldes typisk for årsagssammenhæng eller kausalitet.

En udfordring, der opstår i kausalitetsbedømmelsen, er, hvis handlingen er tilstrækkelig til at skaden indtræder, men ikke nødvendig for at skaden indtræder. Denne situation opstår, såfremt skaden vil være indtrådt uagtet den skadevoldende handling. Hertil opstår spørgsmålet, om det skal komme skadevolder til gode? I teorien bliver dette typisk omtalt som årsagskonkurrence.⁴⁰

På trods af AI's særlige karakter skønnes det ikke, at denne nyudvikling vil medføre nye udfordringer for kausalitetsbedømmelsen. En udfordring for kausalitetsbedømmelsen opstår, når der er flere skadevoldere. På dette punkt er AI's særlige karakter uden betydning for bedømmelsen, idet AI fortsat skal bedømmes på lige fod med allerede eksisterende praksis. De erstatningsretlige problemstillinger for kausalitet vil derfor ikke blive behandlet yderligere.

39 ET.2019.2, side 2

⁴⁰ Lærebog i erstatningsret, s. 302

5.3 Adækvans

Det er ligeledes en forudsætning for at pålægge et erstatningsansvar, at skadens indtræden er en påregnelig følge af den ansvarspådragende handling. Det vil sige, at skadevolderen burde kunne forudse, at den ansvarspådragende handling vil få en ansvarspådragende følge. Denne betingelse er subsidær til betingelsen om kausalitet. Det vil sige, at det kun undersøges, hvorvidt følgen af adækvat, hvis skaden er en naturlig følge af den ansvarspådragende handling.⁴¹ Dette kriterie kaldes typisk for adækvans eller påregnelighed.

De nærmere omstændigheder, for hvornår en skade kan betragtes som adækvat, fastsættes af retspraksis. AI er en ny opfindelse, hvorfor domstolene ikke har forholdt sig til de særlige problemstillinger, der opstår med den nye teknologi. På nuværende tidspunkt kan man forstille sig en række særlige problemstillinger for anvendelse af AI, som vil blive gennemgået under punkt 5.3.2 og 5.3.3. Dertil kommer der sandsynligvis en række uforudsete problemstillinger.

Da AI fortsat er en ny opfindelse, findes der ikke praksis, som specifikt omhandler de nye problemstillinger. Dog er det muligt at anvende den eksisterende praksis analogt, da AI vil møde lignende udfordringer. Når man foretager en analog anvendelse af praksis, skal man dog huske, at AI har en særlig karakter, hvorfor det bør overvejes, om principperne i dommen ligeledes kan anvendes for AI. Derudover er der i praksis allerede fastsat generelle principper i vurderingen af adækvans, som ligeledes vil være aktuelle, når de nye problemstillinger, AI medfører, skal bedømmes.

5.3.1 Generelle principper for adækvans

Der findes ikke en fast definition for, hvornår noget betragtes som værende adækvat. Det har dog vundet stor tilslutning at foretage adækvansbedømmelsen ud fra, om handlingen har medført, at situationen har udviklet sig i skadens retning.⁴² Den uagtsomme handling skal have medført en større risiko for skade. Derudover skal risikoen også øges for den skade, der faktisk indtræder.

Et eksempel herpå kan være, at en person (A) på vej i lufthavnen bliver involveret i en ulykke med en autonom bil, som ved en fejl ikke kunne genkende A som menneske, hvorefter A må indlægges.

⁴¹ Lærebog i erstatningsret, s. 309

⁴² Lærebog i erstatningsret, s. 310

A må derfor tage et andet fly dagen efter. Det nye fly styrter ned, og A omkommer. Der er utvivlsomt tale om en fejl ved den autonome bil, som har medført ulykken og skaden på A. Fejlen medfører en forhøjet risiko for ulykker, men fejlen medfører ikke en forhøjet risiko for flystyrt, hvorfor flyulykken ikke er adækvat. AI kan dermed ikke gøres ansvarlig for A's død.

I vurderingen af om en skade er påregnelig, er det afgørende *ikke*, om skadevolder selv havde påregnet skaden. I domme ses typisk formuleringer såsom "*skaden måtte være påregnelig*".⁴³ Der er dermed tale om en objektiv vurdering. Grænsen for, hvornår noget er påregneligt, synes ikke klar. I praksis har man set eksempler på, at folk bliver ansvarlige for handlinger, der ligger langt ud over, hvad en almindelig god borger vil kunne forstille sig.

I dommen U 1974.967 Ø syntes påregnelighedsbedømmelsen at være særdeles vidtgående. Dommen omhandlede en kvinde (A), som satte ild til sig selv ved en ulykke. A var 2½ år forinden blevet 100% invalideret pga. af en hjerneskade, som hun pådrog sig under en trafikulykke. Modparten (B) i trafikulykken var erstatningsansvarlig for kvindens hjerneskade. A havde 2½ år efter ulykken pudset sko i en brandbar væske, mens A røg cigaretter. Dette medførte, at A satte ild til sig selv, og A døde to uger efter grundet sine kvæstelser. A's ægtefælle påstod, at B var ansvarlig for A's død, da A's død var et resultat af den pådragne hjerneskade. A's ægtefælle påstod, at A's ulykke ikke var et selvmord, men at ulykken var "*så tåbelig, at den kun kan skyldes hendes svækkede tilstand. Dødsfaldet er herefter forårsaget af færdselsuheldet, og selvom følgen er indirekte, må den anses for påregnelig.*"⁴⁴ Denne betragtning fulgte landsretten i deres afgørelse, hvor de udtalte, at "*Det må antages at afdødes som følge af færdselsuheldet intellektuelt stærkt reducerede og sindssygelige tilstand har været en væsentlig årsag til brandulykken, der indirekte har forvoldt hendes død. Da denne følge af færdselsuheldet ikke kan anses for upåregnelig, findes (...) pligtig at betale (...) erstatning(...)*".

Ovenstående dom synes meget vidtrækkende, da det er svært at forudse, at en trafikulykke kan være skyld i en brandulykke to år efter den oprindelige trafikulykke. Hertil kommer, at A selv havde påsat ilden ved at ryge samtidig med, at hun håndterede brandfarligt materiale. Domstolene har dog fortsat denne stil.

⁴³ U 2012.1367 Ø

⁴⁴ U 1974.967 Ø, s. 3

Dette ses i dommen FED 1999.1020 Ø, hvor A under en vådeskudsulykke i 1991 blev blind på venstre øje. Dette medførte, at A ikke kunne varetage sit arbejde. A fik en svær depression, og i 1995 tog A sit eget liv. A's søn (B) søgte herefter erstatning for tab af forsørger af forsikringen (F). F blev frikendt for erstatningsansvaret med følgende begrundelse: *“finder retten ikke, at sagsøger efter den skete bevisførelse i tilstrækkelig grad har godtgjort, at dødsfaldet den 26. februar 1995 udgjorde en påregnelig og erstatningsberettigende følge. Retten lægger herved vægt på længden af det tidsrum, der forløb mellem vådeskudsulykken og dødsfaldet, og på at dødsfaldets indtræden hverken efter de foreliggende udtalelser fra Retslægerådet eller efter oplysningerne fra overlæge Wolfgang Eggert med tilstrækkelig sikkerhed findes at kunne anses for i alt det væsentligste fremkaldt af vådeskudsulykken”*.

Selvom B blev frikendt, afslører afgørelsen, at dommen kunne have haft et andet resultat, idet domstolene skriver, at der efter “den skete bevisførelse” ikke kan fastsættes erstatning. Dette indikerer, at sagen kunne have haft et andet udfald med en anden bevisførelse. Domstolene afviser ikke, at det kan anses for påregneligt, at en vådeskudsulykke kan medføre et selvmord. Sagens konkrete omstændigheder såsom manglende bevisførelse og tidsrummet mellem de to ulykker medførte, at F ikke blev erstatningsansvarlig. Igen er det nok de færreste, der ville påregne, at en vådeskudsulykke kan medføre et selvmord, men ikke desto mindre er domstolene bestemt ikke afvisende for at anse dette som påregneligt.

Særligt U 1974.967 Ø må anses som vidtgående, hvilket muligvis skyldes, at der er tale om en personskade. I praksis ses det, at domstolene ikke anvender den samme standard for adækvans overfor tingsskader, som de gør overfor personskader. Generelt synes domstolene at være tilbageholdende med at kategorisere en skade som inadækvat, når der er tale om personskader.⁴⁵

En anden faktor, der spiller ind i bedømmelsen af, om en skade er adækvat, er, graden af uagtsomhed i den skadevoldende handling. Dette begrundes i, at jo højere grad af uagtsomhed der er udvist, og eventuelt forsæt, jo mere rimeligt er det, at skadevolder skal bære ansvaret for skaden.⁴⁶

Der er dermed adskillige problemstillinger, som generelt har betydning i vurdering af, om der foreligger adækvans. Herunder om det er personskader, graden af uagtsomhed, følgeskader mm.

⁴⁵ Lærebog i erstatningsret, s. 317

⁴⁶ Lærebog i erstatningsret, s. 318

Disse faktorer må forventes at have betydning i bedømmelsen af de særlige problemstillinger, som AI medfører, og vil derfor også være aktuelle i gennemgangen af punkt 5.3.2 og 5.3.3.

5.3.2 Langt fra handling til skade

Typisk vil en skade indtræde i nær tidsmæssig tilknytning til den skadevoldende handling. Eksempelvis hvis en bilist falder i søvn bag rettet, og derefter forårsager en ulykke. I disse tilfælde er det nemt at påregne konsekvenserne af den skadevoldende handling. Man kan opdele skader i initialskader og følgeskader. Både initialskader og sædvanlige følgeskader erstattes efter dansk ret. Herefter vil både initialskader og følgeskader blot omtales “skader.”⁴⁷

AI er systemer, der kan være anvendelige i mange år, idet systemerne kan fejljusteres og opgraderes via opdateringer fra diverse aktører, så systemet hele tiden følger med udviklingen i samfundet. Derudover fortsætter AI sin udvikling, efter det er kommet på markedet, idet AI lærer baseret på de erfaringer, systemet gør sig. Grundet systemernes særlige karakter, kan der gå særdeles lang tid, før en eventuel skade vil indtræde. Der kan dermed stilles spørgsmål om, hvorvidt det potentielt store tidsrum mellem den ansvarspådragende handling og skadens indtræden kan påvirke påregneligheden af skadens indtræden.

Det er en almindelig anerkendt grundsætning, at man ikke kan gøres ansvarlig for følgerne af sine handlinger i al evighed.⁴⁸ Dermed kan skadevolderen forvente, at skaden for hans handlinger endeligt skal opgøres efter et bestemt tidsrum, hvorefter han ikke kan gøres ansvarlig længere. Domstolene har ligeledes nægtet skadelidte erstatning for følgeskader i en række sager, hvor der var et stort tidsrum mellem handlingen og skadens indtræden.⁴⁹

I dommen FED 1999.1020 Ø har Landsretten taget stilling til tidsfaktorens betydning for påregnelighedsvurderingen. Som tidligere nævnt omhandler dommen en tandlæge, der blev blind på venstre øje grundet en vådeskudsulykke i 1991, hvorfor han måtte opsig sit erhverv. Manden fik en svær depression, hvorefter han tog sit eget liv i 1995. Sønnen søgte erstatning for tab af forsørger fra jagtforsikringen. Jagtforsikringen blev dog frikendt, idet Landsretten ikke fandt, at dødsfaldet udgjorde en påregnelig følge af den ansvarspådragende handling. Det fremgår af dommen,

⁴⁷ Lærebog i erstatningsret s. 320

⁴⁸ Om adækvanslæren i erstatningsretten, Andreas Bloch Ehlers, 1. udgave, 1. oplag, 2011, side 92

⁴⁹ Eksempel i dommene FED 1999.1020 Ø og U 1932.964 V

at ” finder retten ikke, (...), at dødsfaldet den 26. februar 1995 udgjorde en påregnelig og erstatnings berettigende følge. Retten lægger (...) vægt på længden af det tidsrum, der forløb mellem vådeskudsulykken og dødsfaldet...”.

Der tages ligeledes stilling til det tidsmæssige aspekt i dommen U 1970.195 V. I 1966 blev F påkørt af en bil, hvorfor han brækkede sit ben. Han blev raskmeldt i 1967 efter et års sygemelding. F fik dog nytårsaften 1968/1969 et brud samme sted, hvorfor han krævede erstatning for denne følgeskade. Landsretten udtalte, det første brud var medvirkende til det nye brud, idet bruddet havde svækket knoglens styrke. På trods heraf fandt Landsretten, at: *“i mangel af præcise oplysninger om de nærmere omstændigheder ved dets indtræden og under hensyn til det forløbne tidsrum siden raskmeldingen ikke at kunne anses som en påregnelig følge af påkørslen.”* F blev derfor ikke tilkendt erstatning.

Dommene illustrerer, at det tidsmæssige aspekt bliver tillagt betydning i bedømmelsen af, hvorvidt en skade er påregnelig. Dommene indikerer dermed, at det bliver sværere og sværere at påregne, at en følgeskade, der er opstået flere år efter den skadevoldende handling, er forårsaget af denne handling. I dommen FED 1999.1020 Ø gik der 4 år fra vådeskudsulykken, til manden begik selvmord, og i dommen U 1970.195 V gik der 2 år, før det nye brud indtrådte. Som nævnt ovenfor er AI langtidsholdbare systemer, der har en evne til egen indlæring. Dermed er det muligt, at skader kan opstå mange år efter, AI er blevet implementeret på markedet. På baggrund af disse domme er det ikke utænkeligt, at det tidsmæssige aspekt vil få betydning for vurderingen af, hvorvidt skader forårsaget af AI er påregnelige.

I retspraksis findes der dog også domme, hvor der er givet erstatning for følgeskader, som indtræder flere år efter den initiale skade er indtrådt. Dette antyder, at tidsfaktoren har en begrænset betydning for påregnelighedsvurderingen.⁵⁰

I dommen U 1974.967/2 Ø fik en kvinde en hjerneskade og blev invalid, da hun var involveret i et færdselsuheld. Denne hjerneskade forårsagede, at kvinden to år senere afgik ved døden i en brandulykke, som kvinden havde påsat grundet hendes stærkt intellektuelt reducerede tilstand. I dommen U 1933.639 H blev en kvinde ramt af en hestevogn i april 1931, hvorved hun kom til skade. Dette resulterede i, at kvinden derefter led af svimmelhed, hvorfor hun faldt i august 1931 og brækkede armen. I begge domme ligger følgeskaden fjernt fra den initiale skade, både i relation til

⁵⁰ Om adækvanslæren i erstatningsretten, Andreas Bloch Ehlers, 1. udgave, 1. oplag, 2011, side 91

tidsrummet og til følgeskadernes karakter, hvorfor der ikke er en åbenbar tilknytning til initialska- den. Det tidsmæssige aspekt var dog ikke en faktor i dommernes bedømmelse, hvorfor sagsøgte i begge domme blev dømt til at betale erstatning til de tilskadekomne.

Den omtalte praksis viser, at det tidsmæssige aspekt kan få betydning for påregnelighedsvurderin- gen i erstatningssager. Det bemærkes dog, at påregnelighedsvurderingen ikke kun bliver foretaget på baggrund af det tidsmæssige aspekt, idet der også må tages højde for handlingens kausale bidrag til skadens indtræden, som ikke nødvendigvis påvirkes af det tidsmæssige aspekt.⁵¹ Det tidsmæs- sige aspekt vil dog få betydning for den samlede vurdering af, hvor grænserne for erstatningsan- svaret ligger.⁵²

Med samtidens teknologi bliver AI mere og mere udbredt, hvorfor der i de seneste år et sket en massiv udvikling af AI. For blot få årtier siden startede den moderne forskning af AI,⁵³ og i dag findes der forskellige niveauer af selvkørende biler, der enten er kommet på markedet, eller som er ved at blive testet. Med den store teknologiske udvikling er det ikke utænkeligt, at AI i fremtiden selv vil være i stand til at udvikle AI. Hvis den AI-udviklede AI forårsager skader, vil denne skade indtræde længere ude i fremtiden end fejl forårsaget af menneskeskabt AI. Dermed bliver der læn- gere mellem den ansvarspådragende handling og den indtrådte skade. Idet der allerede findes domme, der indikerer, at tidsrummet mellem den ansvarspådragende handling og skaden kan få betydning for påregnelighedsvurderingen, vil dette også være tilfældet for skader forårsaget af AI- udviklet AI.

5.3.3 Kumulerede fejl

AI giver også særlige udfordringer i forhold til muligheden for kumulerede fejl. Da der er mange aktører involveret i udviklingen af AI, og da AI efterfølgende tager ved lære af sine omgivelser og træffer autonome beslutninger, opstår der en risiko for, at flere begivenheder tilsammen medfører en skade. Disse kulminerende begivenheder, der tilsammen medfører en skade, kan hver for sig være hændelige.

⁵¹ Om adækvanslæren i erstatningsretten, Andreas Bloch Ehlers, 1. oplag, 2011, side 91

⁵² Om adækvanslæren i erstatningsretten, Andreas Bloch Ehlers, 1. oplag, 2011, side 91

⁵³ Robot Rules, side 3

Hertil opstår spørgsmålet: kan det være påregneligt for en potentiel skadevolder, at udefrakommende omstændigheder indtræder?

Det er almindeligt kendt, at man kan ifalde et erstatningsansvar, såfremt man ikke opfylder sin handlepligt. Det klassiske eksempel herpå er pligten til snerydning og glatførebekæmpelse.⁵⁴ Heri ligger også, at man har ansvar for at forudse og handle på udefrakommende omstændigheder.

Omstændigheder som nedbør er forudsigelige og ikke særligt overraskende, men der findes dog andre omstændigheder, som kan opstå pludseligt.

I dommen FED 2012.8 Ø var en svane ansvarlig for, at en ledning til gadebelysning faldt ned på kørebanen. En passerende så svanens kollision med ledningen, og ringede straks til alarmcentralen for at advare om ledningen på kørebanen. Inden den passerendes opkald var færdigt, var en motorcyklist kollideret med ledningen og styrtet med personskader til følge. Det var tidligere hændt, at en svane havde fløjet ind i en ledning. Dette var dog alene set i nærheden af søområder, og der var foretaget en faglig vurdering af, at der ikke var behov for en yderligere indsats for at skræmme svaner på ulykkesstedet, da der var tale om en enlig hændelse. Begge instanser i sagen var enige om, at *“Efter det oplyste om, at svaner enkelte gange andet steds er fløjet ind i ledninger til gadebelysningen med brud på ledninger til følge, kan det hændte ikke anses for en upåregnelig begivenhed for kommunen.”*⁵⁵

Dommerne kom frem til resultat selvom skaden var opstået pludseligt på et sted, hvor der aldrig før havde været lignende skader, og uanset at der var foretaget en faglig vurdering af, at sådanne skader ikke ville opstå det givne sted. Heraf kan udledes, at selvom risikoen for at en begivenhed indtræder må betragtes som meget lille, er den ikke upåregnelig, såfremt lignende tilfælde eksisterer. Der tages dermed ikke højde for størrelsen af risikoen. Det afgørende er alene, at risikoen foreligger.

Heraf kan ligeledes udledes, at såfremt der ikke findes tilsvarende sager, vil en sådan begivenhed næppe betragtes som påregnelig.

Dette vil utvivlsomt komme til at skabe udfordringer for AI. Begivenheder, som ikke vil kunne betragtes som culpøse, vil komme til at medføre ulykker for AI. Dette kan være én eller flere

⁵⁴ Ø.L.D. af 24. juni 2005. Sag: 22. afd., a.s. nr. B-3012-03, U 2019.2371 V m.fl.

⁵⁵ FED 2012.8 Ø s. 4

udviklere, vis kodning har uforudsete konsekvenser, eller begivenheder der indtræder i den virkelige verden efter at AI'en er implementeret. Da AI er så nyt, vil der være mange uudforskede områder, hvor man endnu ikke kender de forskellige risikofaktorer. Hændelige skader forårsaget af udefrakommende må inden for disse områder i vid udstrækning betragtes som upåregnelige, da den ansvarlige ikke har været bekendt med, at en påvirkning fra en udefrakommende tredjepart har kunne medføre en skade.

Det må forventes, at en del af denne problematik vil blive løst ved at sammenligne AI'ens adfærd med den adfærd, som AI'en forsøger at erstatte. Eksempelvis må det i praksis forventes, at såfremt en AI havde ansvaret for vedligeholdelse af ledningsværket, så måtte AI'en, på lige fod med kommunen, forvente at en svane kunne nedrive ledningerne.

En sådan løsning vil kunne imødekomme nogle af de problemer, som AI ville skabe. Ikke desto mindre forventes det dog, at AI vil komme til at være løsningen på problemer, vi endnu ikke ved, vi har, hvorfor der ikke vil eksistere et sammenligningsgrundlag. I disse situationer vil de eksisterende regler om adækvans betyde, at en del skader ikke vil kunne erstattes efter de almindelige erstatningsretlige regler.

Man må dog ligeledes have for øje, at AI også vil fremstå som en aktør i udviklingen, hvis AI udvikler AI. Som tidligere nævnt kan AI ikke gøres ansvarlig for fejl, idet AI ikke er et retssubjekt. Dermed opstår spørgsmålet om, hvorvidt den forgangne aktør kan gøres ansvarlig for skaden. Som nævnt vil det afhænge af, hvorvidt AI handler i strid med aktørens styring eller instrukser, når den udvikler AI. Hvis den AI-udviklede AI laver skader, og det skyldes en instruks fra aktøren, må det dog overvejes, hvorvidt den indtrufne skade er påregnelig. På nuværende tidspunkt er det usikkert, hvorvidt det ekstra led i form af AI vil påvirke påregnelighedsvurderingen, da AI endnu ikke kan udvikle AI, hvorfor der hverken findes lovgivning eller praksis på området. Det er dog ikke utænkeligt, at det i fremtiden vil få betydning for vurderingen, idet det ekstra led i aktørkæden kan gøre det sværere at påregne, hvilke konsekvenser den AI-udviklede AI's adfærd kan medføre.

5.4 Bevisbyrden

Det er udgangspunktet i dansk ret, at der gælder en ligefrem bevisbyrde, medmindre love specifikt fraviger dette udgangspunkt. Det betyder i.ht. erstatningsretten, at skadelidte skal bevise, at skadevolderen har udvist en ansvarspådragende adfærd, hvilket har forårsaget en skade.

Som tidligere nævnt fremgår det af kommissionens hvidbog om AI, at kommissionen er af den holdning, at ansvaret skal pålægges den aktør, der har forårsaget skaden.⁵⁶ At ansvaret skal pålægges den aktør, der er ansvarlig for skaden, kan dog skabe problemer ved skader forårsaget af AI, da der har været mange aktører indblandet i fremstillingen heraf. Det betyder, at den skadelidte skal bevise, hvem af de mange aktører, der har handlet ansvarspådragende og dermed begået en fejl.

For at skadelidte kan løfte denne bevisbyrde, vil det kræve, at skadelidte kan lokalisere, hvor fejlen er opstået, og dermed hvem der har forårsaget skaden. Dette kan dog være nært umuligt grundet AI's kompleksitet. Som tidligere nævnt er der mange trin i udviklingen af AI, som alle er nært beslægtet. Derudover indgår der mange aktører, fx softwareudvikleren, virksomheden der lever data, virksomheden der træner data osv. Det vil derfor være svært for skadelidte at spore fejlen tilbage til den rigtige person, hvis ikke skadelidte besidder en særlig teknisk viden⁵⁷ – en viden som de fleste mennesker ikke besidder. Bevisbyrden kan derfor være nært umulig at løfte uden teknisk bistand, hvilket dog kan medføre store omkostninger for den skadelidte.

Kommissionen anerkender, at AI's kompleksitet bliver problematisk for anvendelsen af den ligefremme bevisbyrde. Derfor mener Kommissionen, at det kan blive nødvendigt at afhjælpe denne problematik ved at harmonisere de nationale regler, herunder ved at tilpasse bevisbyrden for skader forvoldt af AI.⁵⁸ En sådan tilpasning af bevisbyrden vil ej heller kunne rummes inden for de almindelige erstatningsretlige regler. Dette vil kræve en lovhjemmel.

5.5 De almindelig erstatningsretlige reglers anvendelighed for AI

Som netop gennemgået vil de almindelige erstatningsretlige regler møde en række udfordringer, såfremt disse skal regulere de skader, som fremtidigt vil blive forårsaget af AI.

De almindelige erstatningsretlige regler stiller en række betingelser for, at et erstatningsansvar kan blive pålagt en skadevolder, nemlig kravet om et lidt tab, ansvarsgrundlag, årsagssammenhæng og påregnelighed. Hertil kommer der praktiske spørgsmål såsom bevisbyrde.

⁵⁶ COM(2020) 65 final, s. 22

⁵⁷ COM(2020) 65 final, side 15

⁵⁸ COM(2020) 65 final, side 15

Visse skader forvoldt af AI vil kunne medføre et erstatningsansvar ud fra de almindelige erstatningsretlige regler. Eksempelvis hvis en autonom bil forveksler en blå lastbil med himmelen, således at bilen kører frontalt ind i lastbilen. Hvis den autonome bils fejl skyldes manglende træningsdata, vil det være uproblematisk at karakterisere træneren og/eller leverandøren af træningsdataet som den ansvarlige skadevolder. Det vil tilmed være uproblematisk at fastslå årsagssammenhæng og adækvans. Disse former for simple erstatningsretlige problemstillinger vil næppe give udfordringer i forhold til AI.

Problemerne opstår, da AI's kompleksitet kan medføre komplekse udfordringer. Skader kan eksempelvis opstå på baggrund af en autonom beslutning truffet af AI. Ud fra de almindelige erstatningsretlige regler er det tvivlsomt, at man kan gøre en udvikler ansvarlig for en autonom beslutning truffet af AI. Da AI ikke er et selvstændigt retssubjekt, kan AI ikke pålægges det juridiske ansvar. Da man hverken kan bebrejde udviklerne af AI eller AI'en selv, vil det i disse tilfælde ikke være muligt at fastsætte et erstatningsansvar.

Hertil kommer der en række udfordringer, som man må forvente vil være problematiske i forhold til AI. En af disse udfordringer er culpaansvarsnormen, som er en ansvarsnorm, hvor man sammenligner den skadelige adfærd med, hvad man betragter som korrekt adfærd og uskadeligt adfærd. AI'ens nyskabelse og særlige karakter gør, at en sådan sammenligning bliver problematisk. Der eksisterer endnu ikke et sammenligningsgrundlag, hvorefter man kan vurdere, om udviklerne af AI har handlet culpøst i deres håndtering/indsamling af data eller i deres kodning. Dertil eksisterer der ej heller et sammenligningsgrundlag, hvorefter det kan vurderes, om AI'en har handlet culpøst i forhold til dennes opgave.

Det manglende sammenligningsgrundlag giver ikke alene problemer i forhold til culpa, men giver ligeledes problemer i forhold til adækvans. Dette kommer særligt til udtryk i forhold til skader, som helt eller delvist er forvoldt af en hændelig udefrakommende begivenhed eller skader forvoldt af en autonom beslutning truffet af AI'en selv. Praksis viser, at domstolene i disse tilfælde vurderer, om en sådan udefrakommende hændelig begivenhed kan betragtes som påregnelig ud fra, om sådanne begivenheder tidligere er indtruffet. Da AI er en nyskabelse, vil der i de spæde faser af implementeringen ikke være nogen tidligere begivenheder at sammenligne med.

De to ovenstående problemstillinger om manglende sammenligningsgrundlag kan begge imødekommes. I forhold til culpavurderingen kan problemstillingen imødekommes ved at forsøge at skabe en ramme for culpavurdering via retningslinjer for god skik. Selvom retningslinjerne for god

skik ikke er dannet med henblik på at regulere culpa, kan de fortsat givet udtryk for, hvad der må forventes af AI, og kan derfor danne en ramme for, hvad der må betragtes som culpøst.

I forhold til adækvansvurderingen kan problemstillingen til dels imødekommes ved, at AI samt udviklerne af AI må påregne de samme udefrakommende begivenheder som det retssubjekt, AI'en forsøger at erstatte.

Ingen af de to overstående løsninger vil dog fuldstændigt kunne imødekomme problemet med det manglende sammenligningsgrundlag. Retningslinjerne for god skik er ikke dannet med henblik på at regulere potentielle skadevoldende handlinger. Retningslinjerne for god skik vil sandsynligvis komme til at omhandle de etiske problemstillinger angående behandling af data samt cybersikkerhed, og de vil formentlig også forholde sig til nogle mindstekrav for sikker anvendelse af AI. Selvom reglerne for god skik vil kunne være medvirkende til at skabe en referenceramme, så vil reglerne for god skik ofte være vagt og overordnet formuleret. Det vil derfor kunne være vanskeligt at vurdere, om reglerne for god skik er overholdt og dermed endnu vanskeligere at vurdere, om overtrædelsen af god skik reglerne vil medføre et erstatningsansvar - særligt når det erindres, at reglerne for god skik ikke er dannet med det formål at regulere erstatningsansvaret. Dette betyder, at retningslinjerne for god skik sandsynligvis ikke vil omhandle flertallet af de skadevoldende situationer, der kan opstå, og derfor ikke vil kunne anvendes i hovedparten af de erstatningssager, der kan opstå.

I forhold til adækvansproblemstillingen vil en stor del af problemstillingerne utvivlsomt kunne løses ved, at AI'en samt dennes udviklere må forvente de samme udefrakommende begivenheder som det retssubjekt, AI'en forsøger at erstatte. Eksempelvis hvis AI'en har overtaget vedligeholdelsen af et ledningsnetværk fra en kommune, må AI'en forvente de samme udefrakommende begivenheder, som kommunen måtte forvente.

Det må dog forventes, at med udviklingen af AI vil man finde løsninger på problemstillinger, som man endnu ikke er klar over eksisterer. Dette betyder, at en række AI's vil arbejde med at løse problemstillinger, som vi i dag endnu ikke forholder os til. Dette betyder ligeledes, at der ikke er noget retssubjekt, som man kan sammenligne AI'en adfærd med. En række skader vil derfor ikke kunne erstattes, da der ikke vil foreligge påregnelighed.

En problemstilling, som intet har med sammenligningsgrundlag at gøre, men som ligeledes kan give udfordringer i forhold til kravet om adækvans, er det tidsrum, der kan opstå fra den skadevoldende handling til skadens indtræden. Der kan potentielt gå lang tid, før en fejlkodning resulterer i en skade. Det ses i praksis, at det tidsmæssige aspekt har betydning for, om en skade anses som påregnelig. Domstolene er tilbageholdende med at anse en skade for påregnelig, når den indtræder adskillige år efter den skadevoldende handling. Hvilken betydning dette vil få for skader forvoldt af AI er uklart. Såfremt domstolene fortsat vil være tilbageholdende med at anse skader for påregnelige, når skaderne er forvoldt af AI, vil der være mange skader, som ikke vil kunne erstattes via de almindelige erstatningsretlige regler.

De erstatningsretlige regler omkring adækvans er ikke direkte til hinder for, at skader, der indtræder adskillige år efter den skadevoldende handling, kan betragtes som adækvate. Det har været domstolenes fortolkning af grænserne for, hvad der må betragtes som adækvat, som har været baggrund for problemstillingen. Det er dog vigtigt at huske, at når domstolene træffer afgørelser, forholder de sig alene til den konkrete sag og den konkretes sag særlige omstændigheder. Det må dog på den baggrund forventes, at domstolene i deres afgørelser vil tage hensyn til AI'ens særlige karakter, hvorfor det må forventes, at disse skader ikke vil betragtes som upåregnelige. Dette kan dog ikke afklares yderligere, før domstolene tager stilling til en konkret sag angående problemstillingen.

Der vil også opstå en række praktiske problemstillinger vedrørende bevisbyrden. Kommissionen har sagt, at ansvaret for skader skal pålægges den aktør, som har forårsaget skaden. Det er skadelidte, der skal løfte bevisbyrden for at gøre sit erstatningskrav gældende. De mangeartede skadevoldende handlinger gør det særdeles svært for skadelidte at løfte denne bevisbyrde. Dette betyder, at for de skader som teoretisk set er erstatningsberettiget, vil der være mange skadelidte, der ikke får medhold i deres krav om erstatning, da de ikke kan løfte den nødvendige bevisbyrde.

For at løfte bevisbyrden kræver det, at skadelidte kan identificere ikke alene fejlen men også årsagen til fejlen. Dette vil til tider være forholdsvis lige til, eksempelvis hvis brugeren af AI beviseligt ikke har fulgt de angivne forskrifter. I andre situationer vil det dog kræve en betydelig forståelse af de tekniske aspekter ved AI og dennes udvikling, som de færreste på nuværende tidspunkt besidder.

5.6 Delkonklusion

De almindelige erstatningsretlige regler vil kunne rumme mange af de skader, som kan forvoldes af AI. På nuværende tidspunkt må det dog tillige forventes, at mange af skaderne ikke vil kunne omfattes af de almindelige erstatningsretlige regler. Dette skyldes blandt andet problemer i forhold til, at AI kan træffe autonome beslutninger, men ikke er et selvstændigt retssubjekt, problemer i forhold til et manglende sammenligningsgrundlag samt andre problemer der opstår som følge af AI's særlige karakter.

Derudover vil der opstå problemstillinger, vi endnu ikke har mulighederne eller fantasien til at forudse.

Endeligt vil der være betydelige bevismæssige problemer, som gør, at skadelidte vil have svært ved at gøre sit erstatningskrav gældende.

Disse problematikker kommer til at have stor betydning for borgernes tillid til AI, da mange skader forvoldt af AI ikke kan erstattes ud fra de normale erstatningsretlige regler, og for de skader som kan erstattes, vil der være adskillige skader, hvor skadelidte ikke kan løfte bevisbyrden.

Det vurderes på baggrund af overstående, at de almindelige erstatningsretlige regler ikke i sig selv vil kunne regulere de erstatningsretlige spørgsmål, som vil opstå med implementeringen af AI, på tilfredsstillende vis. Det er dog vigtigt at have i mente, at der findes andre erstatningsregler end de almindelige erstatningsretlige regler, og at disse regler ligeledes finder anvendelse på skader forvoldt af AI. De øvrige regler er blandt andet reglerne for produktansvar og det objektive ansvar, som begge supplerer de almindelige erstatningsretlige regler.

6. Produktansvar

Modsat det almindelige erstatningsretlige ansvar, vis nærmere anvendelse i høj grad er overladt til domstolene, er produktansvaret i betydelig grad reguleret ved lov. Produktansvaret regulerer ansvaret for defekte produkter. Ansvar er reguleret i produktansvarsdirektivet fra 1985, og er i Danmark implementeret i PAL. Da PAL stammer fra produktansvarsdirektivet, der er totalharmøneret,⁵⁹ er lovgiver og domstole forpligtet til at anvende en EU-konform fortolkning af PALs regler. EU-retlige regler og afgørelser er derfor af afgørende betydning for dette område.

PAL er karakteriseret ved, at der gælder et objektivt ansvar for producenten for skader forvoldt af et defekt produkt, hvorfor producenten bliver ansvarlig, selvom denne ikke har udvist en ansvarspådragende adfærd.⁶⁰ Derudover kan mellemhandlere gøres ansvarlige, hvis de eller producenten har udvist en ansvarspådragende adfærd.⁶¹ Der findes dog en række fritagelsesgrunde, som kan fritage både producenten og mellemhandleren for ansvar.⁶²

For at producenten kan pålægges et ansvar efter PAL, er det et krav, er følgende betingelser er opfyldt:

1. Der skal være tale om personskader eller forbrugertingskader jf. lovens § 2
2. Skaden skal være forvoldt af et produkt, hvorfor der skal være tale om en løsøregenstand jf. lovens § 3.
3. Produktet skal være defekt, og denne defekt skal være årsagen til skaden jf. lovens § 1
4. Produktet skal være bragt i erhvervsmæssig omsætning jf. lovens § 7, stk. 1, nr. 1 modsætningsvist.

Det er ligeledes karakteristisk for produktansvar, at hvis der er flere ansvarlige producenter og/eller mellemhandlere, kan skadelidte selv vælge, hvilken ansvarlig aktør i produktionskæden, som skadelidte vil kræve erstatning fra. Dette skyldes, at de ansvarlige aktører hæfter solidarisk jf. PAL § 11, stk. 1. Skadelidte kan derfor vælge at fremsætte kravet hos den aktør, der har størst mulighed for at kompensere den fulde erstatning. Aktøren, der udbetaler erstatningen, får et regreskrav mod

⁵⁹ Som fastslået ved sag C-52/00, Kommissionen mod Frankrig, af 25 april 2002

⁶⁰ Jf. PAL § 6

⁶¹ Jf. PALs § 10.

⁶² jf. PAL § 7

de øvrige ansvarlige aktører, hvorfor denne indtræder i skadelidtes krav mod de tidligere led i produktionskæden jf. lovens § 11, stk. 3.

PAL suppleres af RUP,⁶³ som er baseret på de almindelige erstatningsretlige regler. I RUP er det tillige muligt at få erstatning for skader forvoldt af tjenesteydelser samt for erhvervstingskader.

Et af formålene med reglerne i produktansvarsdirektivet er at lette bevisbyrden for forbrugere. Dette er begrundet i *“nutidens stadige tekniske udvikling.”*⁶⁴ Hensigten med produktansvarsdirektivet er derfor blandt andet, at tage højde for de erstatningsretlige udfordringer forbrugerne møder med en mere teknisk hverdag. En teknisk kompleks hverdag gør bevisbyrden svære at løfte, da det kan kræve stor teknisk kompetence at lokalisere og bevise en fejl eller forsømmelse i et teknisk kompliceret produkt.

Det objektive ansvar for producenter efter produktansvarsreglerne medfører ligeledes, at de bevismæssige problemer, som kan opstå ved anvendelse af de almindelige erstatningsretlige regler, afhjælpes. Dette sker ved, at bevisbyrden lettes for den skadelidte. Ved anvendelse af de almindelige erstatningsretlige regler skal skadelidte bevise, at der foreligger et ansvarsgrundlag, herunder at producenten har haft en ansvarspådragende adfærd. Når ansvarsgrundlaget er et objektivi ansvar, skal skadelidte derimod blot godtgøre, at der foreligger en skade, at produktet er defekt samt årsagsforbindelsen mellem defekten og skaden jf. PALs § 6. Skadelidte skal dermed ikke bevise, at skaden kan bebrejdes skadevolderen. Denne lempelige bevisbyrde skaber ligeledes en tryghed for forbrugerne, idet det kan være svært at bevise, at producenten har haft en ansvarspådragende adfærd - specielt ved komplekse produkter som AI, hvor det kan være svært at bevise, hvilken aktør der har begået en fejl.

Reglerne om produktansvar er en skærpelse af de almindelige erstatningsregler. Reglerne kan derfor alene gøres gældende i særlige situationer. PAL har defineret, hvilke situationer produktansvarsreglerne finder anvendelse i. Det fremgår af lovens §1: *“Loven gælder for det ansvar, der påhviler en producent og en mellemhandler for skade forårsaget af en defekt ved et produkt, der er produceret eller leveret af denne (produktskade).”* (egne fremhævelser)

⁶³ Herfra kendt som RUP

⁶⁴ Rådets direktiv 85/374/EØF af 25. juli 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar, præabel, afsnit 2.

Begreberne producent, mellemhandler, skade, defekt, og produkt er centrale begreber for produktansvaret.

PAL definerer i kapitel 2, hvad der skal forstås ved disse begreber.

Såfremt der opstår tvivl om, hvorvidt noget er eksempelvis et produkt i PALs forstand, afgøres dette af domstolene, som har mulighed for at fremlægge præjudicielle spørgsmål for EU-domstolen, hvis sagen er af principiel karakter.

I vurderingen af produktansvarets anvendelighed for AI er det nødvendigt at undersøge de ovennævnte begreber for at vurdere, hvorvidt skader forvoldt af AI kan erstattes via PAL. Da AI er en nyskabelse, må det dog forventes, at dette kan give anledning til nye og ubehandlede problemstillinger. Da der endnu ikke findes retspraksis, der behandler disse problemstillinger, må man forsøge at forudse, hvordan domstolene vil behandle sådanne sager ud fra sammenlignelige afgørelser.

6.1 Ansvarsgrundlag

Noget af det særlige ved PAL er, at den pålægger skadevolder en anden ansvarsnorm, end hvad der følger af de almindelige erstatningsansvarsregler. Denne ændrede ansvarsnorm er blandt andet begrundet i et ønske om at lette bevisbyrden for forbrugere, som sjældent besidder den tekniske ekspertise, som vil være nødvendig for at kunne bevise, at skadevolder har handlet culpøst under produktionen af produktet.⁶⁵

Producent inden for PAL

PAL giver direkte hjemmel til at pålægge både producenter og mellemhandlere en anden ansvarsnorm, end hvad der følger af de almindelige erstatningsretlige regler.

Det følger af PAL §6, stk.1, at en producent skal erstatte den skade, der er forårsaget af dennes defekte produkt. Denne formulering medfører, at der gælder et objektivt ansvar for producenten, da en producent skal erstatte enhver skade, der er forårsaget af dennes defekte produkt, uanset om producenten har handlet culpøst eller ej. Det objektive ansvar fritager skadelidte, typisk en forbruger, for at skulle bevise, at der er begået fejl eller forsømmelser.

⁶⁵ Produktansvarsdirektivets præabel, andet punkt.

Det objektive ansvar for producenter vil gøre ansvarsspørgsmålet overflødigt, og man vil dermed kunne gøre producenterne ansvarlig for skader forvoldt af AI's selvlæring eller autonome beslutninger. På denne måde vil skadelidte nemmere kunne gøre et erstatningskrav gældende og få dækket sit tab. Dette vil ligeledes betyde, at forbrugere vil opnå større tillid til produkter, med implementeret AI, da dækning af skader skaber tryghed og tillid til retssikkerheden.

Det er naturligvis en omfattende økonomisk byrde for producenterne at være underlagt et objektivt ansvar, da de vil blive erstatningsansvarlige for mange skader. Producenterne kan forsøge at minimere disse skader ved at være særligt påpasselige i deres produktion, men uanset hvor agtpågivende producenterne er, må det forventes, at det objektive ansvar medfører en ikke ubetydelig økonomisk byrde. Problemstillingen i, at producenterne bliver pålagt en økonomisk byrde, er dog ikke enestående for producenter af AI. Det fremgår af lovforarbejderne, at denne økonomiske byrde "*... ikke vil virke urimeligt tyngende for producenten, der har mulighed for at fordele udgifterne til udredning af erstatning på alle forbrugere af det pågældende produkt ved at lade omkostningen indgå i prisberegningen.*"⁶⁶

Selvom problemstillingen ikke er særligt tilknyttet AI, bør det overvejes, om AI's særlige karakter gør denne byrde større for producenterne af AI end for producenter af andre produkter. AI's evne til selvlæring og til at træffe autonome beslutninger gør AI mere uforudsigelig end andre produkter, og selv med stor agtpågivenhed må det forventes at være mere udfordrende at forhindre AI i at udvikle en defekt, end det vil være tilfældet med øvrige produkter.

Dette ændrer dog ikke ved, at producenterne af AI har mulighed for at fordele udgifterne til erstatning på prisberegningen, således at forbrugerne må betale en højere pris for varerne.

Melleghandleransvar – Inden for PAL

Ansaret for melleghandlere har undergået en udvikling i Danmark, og er reguleret i PALs kapitel 4.

Tidligere har melleghandlere været ansvarlige på et objektivt grundlag på samme måde som producenter.⁶⁷ Dette blev dog ændret, da EU-domstolen i sagen C-402/03 Skov and Bilka udtalte, at

⁶⁶ Forslag til lov om produktansvar, fremsat den 12. oktober 1988, herfra kendt som "1988/1 LSF 54" Punkt 3.1, afsnit 5.

⁶⁷ LOV nr.371 af 07/07/1989, §10.

et objektivt ansvar for mellemhandlere vil være i strid med produktansvarsdirektivet. Herefter blev PAL ændret, således at mellemhandlere i dag hæfter for producentens og tidligere mellemhandleres fejl eller forsømmelser jf. PAL §10a. Derudover er mellemhandlere pålagt et præsumptionsansvar, således at mellemhandleren er ansvarlig for et defekt produkt, medmindre mellemhandleren kan bevise, at defekten ikke skyldes dennes fejl eller forsømmelser jf. PAL §10.

AI's tekniske karakter medfører, at en mellemhandler skal have en omfattende teknisk kompetence, såfremt denne skal bevise, at skader ikke skyldes fejl eller forsømmelser hos mellemhandleren selv. Denne tekniske kompetence er det de færreste der besidder, særligt hvis det er en mellemhandler som ikke specialiserer sig i produkter af teknisk karakter. Derfor vil det i mange tilfælde ikke være muligt for mellemhandlere at bevise, at denne ikke er skyld i skaden.

At AI er teknisk komplekst er dog ikke unikt. Der findes mange produkter, der på tilsvarende vis er teknisk komplicerede uden at disse involverer AI. Problemet med at en mellemhandler kan have svært ved at løfte den tekniske bevisbyrde er derfor langt fra enestående for AI.

Problemet er fra lovgiver forsøgt løst ved, at mellemhandlere har mulighed for at søge regres ved producenten.⁶⁸

Det er nært umuligt at forudsige, hvilke skadevoldende scenarier AI kan medføre. Der er dog ikke umiddelbart nogen formodning for, at skabelsen af AI kan skabe nye udfordringer for ansvaret for mellemhandlere.

Producent og mellemhandler – Uden for loven

RUP er, som navnet antyder, skabt gennem retspraksis. Det betyder, at reglerne for RUP ikke kan slås op i én tekst, men må findes ved at analysere retspraksis på området. Den juridiske litteratur har dog gentagende gange forsøgt at analysere praksis vedrørende produktansvar for at systematisere de regler, som er skabt gennem praksis.

RUP er baseret på de almindelige erstatningsretlige regler, hvilket betyder, at der gælder en culpaansvarsnorm for producenter.

⁶⁸ PALs §11, stk. 3

Culpaansvarsnormen skaber en række problemstillinger for AI, som allerede er gennemgået i afsnit 5.1 og 5.5.

Den culpanorm, som er fastsat i RUP, adskiller sig fra den culpanorm, som er fastsat inden for de almindelige erstatningsretlige regler, idet der gælder en streng culpanorm, som tenderer mod det objektive.⁶⁹

For mellemlhandlere gælder der både et objektivt hæftelsesansvar for producentens retspraksisbaserede produktansvar samt et selvstændigt ansvar baseret på culpanormen.⁷⁰ Den culpanorm, som mellemlhandlere bedømmes efter, betragtes ligeledes som værende streng, herunder særligt hvis produktets karakter kræver agtpågivenhed⁷¹.

De problemstillinger, der opstår ved at anvende culpaansvarsnormen til bedømmelse af skader forårsaget af AI, er allerede gennemgået i afsnit 5.1 og 5.5.

Den strengere vurdering af culpanormen kan muligvis formindske de problemstillinger, der gennemgås i afsnit 5.1 og 5.5. Analysen og diskussionen af problemstillingen er dog fortsat aktuel, men vil ikke gennemgås yderligere i dette afsnit.

6.2 Skadesbegrebet

Modsat det almindelige erstatningsansvar er der betydelige begrænsninger for, hvilke skader der dækkes af PAL.

Ifølge PAL kan man alene opnå dækning for:

- Personskader, herunder tab af forsørger jf. lovens §2, stk. 1
- Tingsskader, såfremt disse som udgangspunkt er udarbejdet til privat brug og hovedsageligt er anvendt til privatbrug jf. lovens §2, stk. 2

⁶⁹ L 201 forslag til lov om ændring af produktansvar, fremsat den 29 marts 2006, herfra kendt som "L 201", punkt. 2.4

⁷⁰ L 201, punkt 2.5 og punkt 2.6

⁷¹ L 201, punkt 2.6

Erstatning for tingsskader er endvidere begrænset af, at der i erstatningsbeløbet skal fratrækkes 4.000 kr. jf. PAL §8. Endvidere kan man ikke opnå erstatning for skader, der alene er forvoldt på produktet selv jf. §2, stk. 2.

6.2.1 Skadestyper

Som nævnt er det ikke alle skadestyper, man kan opnå erstatning for efter produktansvarsreglerne.

Efter PAL §2, stk. 2 kan man få erstatning for tingsskader, hvis:

- Tingen er udarbejdet til privat brug.
- Tingen hovedsageligt er anvendt til privat brug.

Dette er også bedre kendt som forbrugertingsskader. Der er to led i vurderingen af, om der er tale om en forbrugertingsskade, nemlig det objektive og det subjektive krav.⁷² Det objektive krav består i, at tingen skal være udarbejdet til privatbrug. Det vil sige, at industrielle maskiner anvendt i et privat hjem ikke vil kunne bedømmes efter produktansvarsreglerne. Det subjektive krav består i, at genstanden faktisk skal have været anvendt til privat brug. Det vil sige, at en almindelig genstand, som kan anvendes privat, men som bliver anvendt til erhverv, ikke vil kunne bedømmes ud fra PAL.

Uden for PAL, men inden for RUP, er det dog ligeledes muligt at få erstatning for erhvervstingsskader⁷³.

For forbrugertingsskader skal der fratrækkes et beløb på 4.000 kr. i erstatning jf. PAL §8

Ovenstående indeholder en lang række begrænsninger i muligheden for at opnå den fulde erstatning efter produktansvarsreglerne. Dette begrænser naturligvis også muligheden for at opnå erstatning for skader forvoldt af AI. Dog virker begrænsningerne ikke mere tyngende for produkter med AI end for produkter uden AI. Begrænsningerne for at opnå erstatning efter produktansvarsreglerne er naturligvis altid noget, man skal have i mente, men begrænsningerne synes ikke at have en særlig betydning for produkter med AI.

⁷² 1988/s LSF 54, kommentar til §2

⁷³ Se eks. U 2010.1360 H

6.2.2 Selvbeskadigelseslæren

I forhold til tingsskader er det særligt kravet om, at der skal være forvoldt skade på andet end produktet selv, som kan give udfordringer. Dette er også kendt som selvbeskadigelseslæren. Denne problemstilling ligger på grænsefladen mellem produktansvar og køberetlige mangler.

Når der alene er tale om en defekt, der skader produktet selv, er man udenfor produktansvarsreglerne, og skal derfor søge kompensation via de køberetlige regler. Spørgsmålet er herefter, hvornår en skade anses som en skade på andet end produktet selv? Hvis motoren i en bil bryder i brand, kan man så opnå erstatning gennem produktansvarsreglerne ved at påstå, at motoren i bilen er et produkt i sig selv, eller skal hele bilen betragtes som et samlet produkt? Og hvordan forholder dette sig til AI?

I dommen U 2010.1360 H havarerede en motor til et kraftvarmeværk. Sagen omhandler produktansvar uden for loven, men dommen kan anvendes analogt på produktansvar inden for loven. Kraftvarmeværket leverede CO₂ til et gartneri. Da motoren havarerede, blev CO₂ tilførslen til gartneriet stoppet, hvilket medførte en forringelse i gartneriets tomater. Gartneriet påstod, at de herved havde tabt 2.5 millioner som følge af mistet udbytte og mistet salg af el. Under sagen fandt man, at motoren var havareret, da producenten under produktionen af motoren havde indføjet et defekt element i motoren. Højesteret fandt, at der ikke kunne gives erstatning efter produktansvarsreglerne. Dette blev begrundet i, at det defekte element indgik som en del af produktet, hvorfor der var tale om selvbeskadigelse, og måtte derfor betragtes som en køberetlig mangel.

En lignende afgørelse ses i U 2018.98 H. I denne sag havde 7 skibe oplevet slidskader på deres motorer, hvilket skyldtes et cylindermøresystem. Højesteret fastslog, at det afgørende for om en skade skal betragtes som selvbeskadigelse måtte være, *“hvad der må anses som solgt som en enhed til skadelidte af dennes medkontrahent.”* I afgørelsen fra år 2018 henviser højesteret ikke alene til forarbejderne for PAL men tillige til afgørelsen fra år 2010.

Det afgørende for, hvornår noget betragtes som en selvbeskadigelse, som derfor ikke er omfattet af produktansvarsreglerne, er dermed hvilket produkt man har købt. Selv om det er en delkomponent, der beskadiger det øvrige produkt, vil det fortsat betragtes som en selvbeskadigelse, såfremt den defekte delkomponent indgår i det samlede produkt.

Anderledes forholdte det sig i afgørelsen U 1999.255 H, hvor et defekt medierør medførte skader for 675.000 kr. Medierøret var blevet implementeret og monteret i en fjernvarmeledning, og var blevet beklædt med isolering samt et ydre kapperør. Højesteret tiltrådte landsrettens begrundelse for afgørelsen. Landsretten fandt, at der kunne gives erstatning for ikke alene skaderne på omgivelserne men tillige for skaden på selve det defekte medierør. Landsretten begrundede resultatet med, *“at medierøret ikke har været en uadskillelig bestanddel af den monterede rørledning, idet medierøret har kunnet udtages af rørledningen efter endelig montering. Skaden på medierørets omgivelser er derfor omfattet af produktansvaret. Da det beskadigede medierør imidlertid er en del af det samlede rørsystem, og da medierørets genanskaffelsesværdi efter det oplyste udgør en beskedent del af de samlede udgifter, finder landsretten, at også udgifterne til udskiftning af det beskadigede medierør er omfattet af produktansvaret.”* (egen fremhævelse).

Selvom dommene fra år 2010 og 2018 er afsagt af højesteret, når dommen fra 1999 til et modsat resultat. Dommen fra 1999 er dog af ældre karakter, og er desuden blevet kritiseret i den juridiske litteratur⁷⁴. Dommene fra 2010 og 2018 må derfor anses som værende udtryk for gældende ret, mens dommen fra 1999 må betragtes som en enlig svale begrundet i sagens konkrete omstændigheder.

I relation til AI vil dette betyde, at såfremt AI forårsager en skade pga. en defekt, vil man ikke kunne få erstatning for den skade AI'en påfører produktet selv. Det må forventes, at AI vil kunne blive implementeret i en lang række hverdags forbrugsting, og det må tillige forventes, at AI vil kunne blive implementeret i adskillige produkter, således disse produkter kan kommunikere med hinanden og samarbejde som én samlet enhed. Et tænkt eksempel kan eksempelvis være et vaskesystem, som selv kan sortere det beskidte tøj, vaske det efter korrekt anvisning, samt lægge tøjet sammen og på plads. Dette vil kræve et system, hvor AI er implementeret i de produkter, der anvendes i processen såsom vaskeskurve, vaskemaskiner, tørretumblere mm. En defekt i AI'en vil kunne ødelægge mange af disse produkter på én gang med et stort tab for forbrugeren til følge. Ifølge gældende ret vil en sådan sag skulle afgøres ud fra de køberetlige regler fremfor produktansvarsreglerne. Selvom dette ikke er en problemstilling, som nødvendigvis er unik for AI, er det dog en problemstilling, som vil kunne have særlig relevans for AI. Det må forventes, at særligt AI vil kunne blive implementeret i hele produktsystemer.

⁷⁴ Erstatningsretlige grænseområder s. 206

6.2.3 Komponenttilfælde og ingrediens tilfælde

En anden problemstilling ved selvbeskadigelseslæren er, når et defekt produkt bliver sammenblandet med andre produkter og herved gør det færdige produkt defekt. Et eksempel herpå er defekt mel, som blandes sammen med andre produkter for derved at skabe brød. Hvis melet er defekt, vil brødet blive defekt, men er der herved sket skade på andet end produktet selv?

Til at afklare dette spørgsmål bruger man begreberne komponenttilfælde og ingrediens tilfælde. Disse begreber dækker over de situationer, hvor et produkt er en komponent i et andet produkt, og som let kan adskilles, og hvor et produkt er blevet så integreret i det øvrige produkt, at det ikke længere kan adskilles.

I komponenttilfælde kan man få erstatning efter produktansvarsreglerne for de skader, der er forvoldt på det produkt, som det defekte produkt er implementeret i. I ingrediens tilfælde vil man derimod ikke kunne opnå erstatning efter produktansvarsreglerne for de skader, der er forvoldt på det produkt, som det defekte produkt er implementeret i. I ingrediens tilfælde betragter man skaden som selvbeskadigelse af produktet, da det defekte produkt ikke nemt kan udtages af det øvrige produkt.

Grænsen mellem komponenttilfælde og ingrediens tilfælde er ikke skarp, men generelt må det siges, at jo mere teknisk kompliceret og økonomisk dyrt det er at adskille det defekte produkt fra det øvrige produkt, jo mere nærliggende er det, at der er tale om et ingrediens tilfælde frem for et komponenttilfælde.⁷⁵

Overstående er alene relevant i de tilfælde, hvor man efter køb af det færdige produkt implementerer et nyt produkt i det første produkt. Dette kan eksempelvis være udskiftning af reservedele i en bil, hvilket var tilfældet i Sø- og handelsrettens dom af 23. september 2009 i sag H-57-04. I dommen fra Sø- og Handelsretten var der tale om en defekt tandrem på 3 biler. De to af bilerne havde den oprindelige tandrem, mens den tredje havde fået udskiftet tandremmen. Sø- og Handelsretten fandt, at alene bilen med den udskiftede tandrem, kunne bedømmes ud fra produktansvarsreglerne.

De to af bilerne kunne ikke bedømmes efter produktansvarsreglerne, fordi der ikke var sket skade på andet end produktet selv. Den tredje skade kunne bedømmes efter produktansvarsreglerne, fordi tandremmen var købt som et selvstændigt produkt, som derefter var blevet implementeret i bilen.

⁷⁵ Erstatningsretlige grænseområder, s. 209

Det er ikke teknisk svært eller økonomisk dyrt at udtage en tandrem, hvorfor dette skulle betragtes som et komponenttilfælde.

I tilfælde hvor AI bliver implementeret i et allerede færdigt produkt er det afgørende at kunne identificere, om der i disse tilfælde er tale om komponent- eller ingrediensstilfælde. Denne afgørelse skal bero på en konkret vurdering, men som allerede nævnt har det betydning for vurderingen, om det er teknisk svært eller økonomisk byrdefuldt at fjerne AI'en fra produktet.

AI er som udgangspunkt et kodet program, som enten kan fungere for sig selv, på en server, eller blive implementeret i et produkt. I visse tilfælde vil man uden det store besvær kunne fjerne eller udskifte et AI program fra produktet. I andre tilfælde kan det være en nærmest umulig opgave, da AI er så integreret produktets generelle software, at AI'en ikke kan adskilles fra produktets øvrige software.

Om AI kan betragtes som et komponenttilfælde må i så fald bero på, om AI'ens programmering har karakter af "byggeklodser", hvor det er muligt at adskille softwarens forskellige dele fra hinanden, eller om AI'ens programmering nærmere har karakter af et netværk, som interagerer med produktets øvrige software på en måde, så det ikke vil kunne adskilles.

6.3 Produkt

For at PAL finder anvendelse, er det en betingelse, at skaden er forårsaget af et defekt produkt. Det er i lovens § 3 defineret, hvad der menes med et produkt. Heraf fremgår det, at: ” *Ved et produkt forstås enhver løsøregenstand, hvad enten denne er forarbejdet eller er et naturprodukt, og uanset om genstanden er indføjjet som en bestanddel af en anden løsøregenstand eller en fast ejendom.* ” PAL anvender dermed et snævert produktbegreb, idet loven kun omfatter løsøregenstande. Loven dækker dermed ikke skader forårsaget af defekte faste ejendomme eller tjenesteydelser.⁷⁶ Disse skader må derimod behandles efter de retspraksisudviklede regler.

Loven anvender dog et bredt løsørebegreb. Dette fremgår af lovens § 3, hvoraf fremgår, at både forarbejdede produkter, naturprodukter og produkter, der er en bestanddel af en anden løsøregenstand eller fast ejendom, er omfattet. Dette adskiller sig fra eksempelvis tinglysningslovens § 38,

⁷⁶ punkt 3.6.3 og 3.6.4 i de almindelige bemærkninger i lovforslag nr. 54 af 12. oktober 1988.

der definerer, hvad der betragtes som en fast ejendom i panteretlig forstand. Det fremgår af tinglysningslovens §38, at genstande der er naturligt forbundet med jordarealet, fx naturprodukter såsom træer og jord, må betragtes som fast ejendom. Ligeledes må løsøre, der har et tilknytningsforhold til ejendommen med en vis fasthed og varighed, fx sædvanlige hårde hvidevarer, betragtes som fast ejendom. Dermed afskiller løsørebegrebet i PAL fra løsørebegrebet og fast ejendomsbegrebet i tinglysningsloven, idet PAL anvender et videre løsørebegreb.

Domstolene tager stilling til det brede løsørebegreb i dommen FED 2018.20 Ø. Dommen omhandler et varmtvandsanlæg, som X havde leveret til A. Da A fyldte vand på varmtvandslægget, opstod der en vandskade i huset. Tvisten omhandlede blandt andet, hvorvidt varmtvandsanlægget var et selvstændigt produkt og dermed omfattet af PAL. Dette spørgsmål var af stor betydning for sagens udfald, idet PAL ikke ville finde anvendelse, hvis varmtvandsanlægget blev anset som værende en del af den faste ejendom. Byretten henviste til forarbejderne til loven jf. de særlige bemærkninger til lovforslagets § 3, stk. 1, jf. lovforslag nr. 54 af 12. oktober 1988⁷⁷, hvoraf det fremgår, at: ”*Løsørebegrebet er videre end det almindelige løsørebegreb, idet det også omfatter genstande, der er indføjet som en fast bestanddel i en anden løsøregenstand eller i en fast ejendom.*” Byretten fandt dermed, at varmtvandsanlægget ikke skulle anses som værende en del af den faste ejendom, men skulle derimod anses som værende et selvstændigt produkt. Det gjorde ingen forskel, at varmtvandsanlægget var en fast bestanddel i huset. Dermed fandt PAL anvendelse. Landsretten tog ligeledes stilling til produktbegrebet. De henviste til punkt 3.6.4 i de almindelige bemærkninger til lovforslaget, hvoraf fremgår, at: ”*skader som skyldes f.eks. byggemateriale og bygningsdele, der indgår som en bestanddel i en fast ejendom, omfattes af reglerne om objektivt ansvar for produktskader*”. Varmtvandsanlægget mister derfor ikke karakter af et produkt, idet det er en bygningsdel, der bliver en del af den faste ejendom. Da varmtvandsanlægget blev anset som værende et produkt, fandt PAL anvendelse, idet der var tale om et produkt, som havde forårsaget skade på en fast ejendom. Landsretten udtalte ligeledes, at lovforslaget ikke kun omfatter færdigvarer, men at delprodukter og råvarer ligeledes vil fortsætte med at være løsøregenstande, hvis de indføjes i andre genstande. Landsretten tiltræder derfor byrettens afgørelse.

Hvis AI indføres som en bestanddel i en fast ejendom, er der ikke tvivl om, at AI'en vil blive anset som et produkt jf. PAL § 3. Det vil sige, at hvis eksempelvis et køleskab selv kan bestille madvarer, når madvarerne er brugt op, vil denne AI anses som et produkt. Det kan dog diskuteres, hvorvidt

⁷⁷ Dette fremgår ligeledes af punkt 3.6.1 i de almindelige bemærkninger i lovforslag nr. 54 af 12. oktober 1988.

et hus kan være bygget op omkring AI, hvorefter AI ikke længere vil blive anset som et produkt. Dette vil formentlig afhænge af, hvordan huset er opbygget. Hvis AI er en så inkorporeret del af huset, at AI eksempelvis regulerer varme, vand, ventilation, låsene osv. i hjemmet, men hver enkelt funktion reguleres af hver deres AI system, vil hver enkelt AI formentlig blive anset som et produkt jf. § 3, da de bliver en bestanddel af huset. Hvis det samme AI system derimod regulerer alle enhederne i huset, kan det tale for, at AI'en vil blive anset som en del af den faste ejendom, idet systemet er så inkorporeret i husets opbygning, at det vil være teknisk svært og omfattende at fjerne AI'en fra den faste ejendom. Det vil nærme sig et ingrediensstilfælde, hvorfor AI'en formentlig vil blive anset som en del af den faste ejendom, hvorefter AI'en ikke vil have karakter af et produkt i lovens forstand. Det er dog et fortsat uafklaret spørgsmål.

6.3.1 Er AI et produkt?

Det fremgår af punkt 3.6.3 i de almindelige bemærkninger i lovforslag nr. 54 af 12. oktober 1988, at produktbegrebet ikke omfatter tjenesteydelser. Dette frembringer spørgsmålet om, hvorvidt AI er et produkt eller en tjenesteydelse. AI er et program, der via kodning, indlæring og instrukser kan træffe beslutninger. Dermed er der tale om software. Spørgsmålet er derfor, hvorvidt software er et produkt eller en tjenesteydelse. Der hersker ikke tvivl om, at software, der er lagret på en fysisk enhed eller er integreret i et fysisk produkt, anses som værende en del af det fysiske produkt.

Dette ses eksempelvis i dommen U 2007.2821 H, hvor der var fejl i et digitalt søkort. Sagsøger gjorde gældende, at det digitale søkort skulle anses som et produkt, idet søkortet er en løsøregenstand, hvorfor det er et produkt jf. PAL § 3 samt direktivets § 2. Det gøres yderligere gældende, at Europakommissionen har tilkendegivet, at edb-programmer også skal anses som værende produkter i direktivets forstand. Derimod gør sagsøgte gældende, at der ikke er tale om et produkt, idet sagsøgte mener, at kun fysiske søkort skal anses for produkter. Under sagen blev der anmodet om, at spørgsmålet om, hvorvidt et digitalt søkort kunne betragtes som et produkt, skulle forelægges for EU-domstolen. Højesteret afviste dog dette, da de fandt, at der ikke var tvivl om forståelsen af begrebet produkt. Ifølge højesteret kunne et digital søkort anses som et produkt i PALs forstand.⁷⁸

⁷⁸ U 2006.2077 HK

Dette medfører, at fx autonome biler vil blive anset som et produkt, idet AI er integreret i bilens hardware. Tjenesteydelser, eksempelvis finansielle ydelser eller sundhedsydelser, der er baseret på AI-teknologi, vil derimod ikke være omfattet af PAL.⁷⁹

Derimod er det uklart, hvorvidt standalone software, der ikke er integreret i eller lagret på en fysisk enhed, anses som et produkt,⁸⁰ da der hverken er retspraksis eller lovgivning, der tager stilling til dette spørgsmål. Standalone software er software, hvor der ikke kræves internetadgang for at kunne anvende produktet, og standalone software kræver heller ikke, at programmet skal have adgang til andre programmer. Der er altså tale om software, som kan stå alene.

Det bemærkes, at alt software er lagret på et medie. Spørgsmålet er dog, om dette medie betragtes som et produkt i lovens forstand. Førhen købte man ofte software, der var lagret på en cd-rom, som kunne installeres på computere. I dag købes og downloades det meste software via internettet. Når software købes på internettet, køber man software, der er lagret i ”skyen”. Skyen/cloudcomputing er en betegnelse for, at data er lagret på servere hos datacentre, hvorfra data kan tilgås eller downloades af brugerne. Der er ikke tvivl om, at hvis standalone software, i form af AI, downloades fra en cloududbyder, og installeres på en computer, vil AI'en blive anset som et produkt, idet systemet bliver en integreret del af den fysiske enhed⁸¹. Det er derimod uvist, hvorvidt software, der eksempelvis er lagret i skyen, og som ikke er downloadet og installeret på en computer, vil blive anset som et produkt. Ved standalone software, i form af AI, der ligger i skyen og tilgås fra en computer, kan det diskuteres, hvorvidt der i stedet er tale om en tjenesteydelse, idet man lejer en plads til at opbevare sin software. Det er dog et uafklaret spørgsmål.

Det er dog ikke utænkeligt, at PAL vil omfatte nogle former for AI men ikke andre. Kommissionen anerkender også, at det er et uafklaret spørgsmål, og at der er behov for tilpasninger til loven, som kan rumme AI og den teknologiske udvikling.⁸² Kommissionen konkluderer ligeledes, at der potentielt er behov for en ny lov, der specifikt regulerer AI, for at tilpasse de juridiske rammer, så loven både kan rumme den nuværende og fremtidige teknologiske udvikling.⁸³

⁷⁹ COM (2020) 65 final, side 14

⁸⁰ COM(2020) 65 final, side 14

⁸¹ ET.2019.2, side 3

⁸² COM(2020) 65 final, side 14

⁸³ COM(2020) 65 final, side 16

6.3.2 Delproducentens ydelser

Når AI skal produceres, indgår der ofte mange aktører i processen. Eksempelvis køber producenten ofte data fra databiblioteker, og når AI'en er færdig, bliver AI'en trænet i disse data, før produktet bliver implementeret på markedet. Det må derfor afklares, hvorvidt delproducenternes ydelser har karakter af et produkt. Denne skildring har stor relevans, idet delproducenterne kun kan gøres ansvarlige for deres fejl efter PAL, hvis deres ydelse har karakter af et produkt⁸⁴.

I forhold til træningsprocessen er der ikke tvivl om, at denne proces har karakter af en tjenesteydelse. Dette skyldes, at der ikke er tale om køb af et produkt, men derimod leveres en serviceydelse i form af træning af AI samt labeling af data. Da der er tale om en tjenesteydelse, kan disse delproducenter ikke gøres ansvarlige for deres fejl efter PALs regler, idet forholdet falder uden for lovens anvendelsesområde. De ville dog kunne gøres ansvarlige efter RUP.

Levering af data kan ske på mange måder, og derfor kan der opstå tvivl om, hvorvidt levering af data er en tjenesteydelse eller et produkt. Dette vil blandt andet afhænge af, hvordan dataene bliver leveret til producenten. Hvis producenten eksempelvis køber adgang til en database, som er cloud-baseret, så er dataet formentlig ikke lageret på en fysisk enhed, hvorfor det er uvist, om det kan betragtes som et produkt i PALs forstand. Det kan dog også ske, at producenten anmoder om at købe nogle specifikke data, som delproducenten derefter sender til producenten i en fil. Her må det dog undersøges, hvorvidt data kan karakteriseres som et produkt i lovens forstand. Derfor må det undersøges, hvorvidt data kan karakteriseres som en løsøregenstand. Det har ikke været muligt at finde praksis eller litteratur, som tager stilling til dette spørgsmål. Det kan dog diskuteres, hvorvidt data kan sidestilles med software, der bliver anset som et produkt, hvis det downloades til en fysisk enhed via en cloudløsning.⁸⁵ Det vurderes, at dette vil være tilfældet, idet de samme sikkerhedsmæssige hensyn gør sig gældende, herunder særligt hensynet til forbrugerbeskyttelsen, hvorfor bevisbyrden for, at det komplicerede produkt er defekt, lettes. Det er dog et uafklaret spørgsmål, som ikke vil blive endeligt besvaret, før domstolene og EU-domstolen tager stilling til spørgsmålet. EU-domstolen lægger dog ofte en formålsfortolkning til grund for deres fortolkning af retsakter,⁸⁶ hvorfor det må formodes, at EU-domstolen vil anse data, der lagres på en fysisk enhed, som et produkt i PALs forstand. Hvad angår data, der ikke er lagret på en fysisk enhed, er der tvivl

⁸⁴ jf. PALs § 1

⁸⁵ ET.2019.2, side 3

⁸⁶ EU-retten af Karsten Ensigt Sørensen m.fl., 6. udgave, 2014, s 108.

om, hvorvidt dette vil være omfattet af lovens produktbegreb, ligesom det er tilfældet med software. Dette er ligeledes et uafklaret spørgsmål, som EU-domstolen må tage stilling til.

6.4 Producent og mellemhandler

Produktansvarsreglerne regulerer erstatningsansvaret for to ansvarssubjekter: mellemhandlere og producenter. Produktansvarsreglerne gælder derfor alene for disse to ansvarssubjekter, hvorfor skader forvoldt af andre end disse må søges erstattet på anden vis. Det er alene de producenter der udfører arbejde for egen regning, der kan ifalde et erstatningsansvar. Dermed kan lønmodtagere ikke ifalde et erstatningsansvar efter PALs regler⁸⁷.

Producentens ansvar – PAL

Dette er naturligvis en skærpelse af det almindelige erstatningsansvar, som man som udgangspunkt alene kan ifalde, såfremt man har handlet uagtsomt.

Da der gælder en skærpet ansvarsnorm for producenter, er det nødvendigt at identificere, hvem der betragtes som en producent i PALs forstand. PAL definerer i §4, hvem der betragtes som producenter.

Ifølge PAL §4, stk. 1, stk. 2, og stk. 4 betragtes man som producent, såfremt man:

- Fremstiller et færdigt produkt, delprodukt eller en råvare.
- Fremstiller eller indsamler et naturprodukt.
- Den der ved at markere produktet med mærke, logo mm. Fremstår som producent.
- Indfører et produkt i EU.
- Er mellemhandler, og producenten ikke kan identificeres.

I relation til AI er det særligt første punkt, der har interesse.

⁸⁷ Forlag til lov om produktansvar 1988/1 LSF 54, herfra omtalt som "1988/1 LSF 54", kommentaren til §4, stk. 1

Producenten af det færdige produkt er ansvarlig for skader forårsaget af defekte produkter uanset om defekten skyldes et delprodukt produceret af en delproducent.⁸⁸ Delproducenter er tillige ansvarlige for defekter i det delprodukt, som er leveret af disse. Modsat producenten af det færdige produkt er en delproducent alene ansvarlig for defekter i det delprodukt, denne har leveret. Herved har skadelidte frihed til at rette sit erstatningskrav mod både producent og delproducenter. Skadelidte opnår dermed større sikkerhed, såfremt producenten eksempelvis går konkurs.

Der er alene et spørgsmål om tid, før det må forventes, at der eksisterer AI, der selv kan producere AI. Det vil sige at et menneske (M1) producerer AI (A1), der producerer AI (A2), som muligvis kan producere sin egen AI, før denne AI bliver solgt til en mellemhandler (M2), som endeligt sælger produktet til en forbruger (M3). Hermed opstår spørgsmålet om, hvorvidt AI kan betragtes som en producent i produktansvarsreglernes forstand, og hvis dette ikke er tilfældet, hvem vil så blive betragtet som producent?

Da AI ikke betragtes som en juridisk person, kan denne ikke blive pålagt ansvaret som producent. M1 har ikke produceret A2, men M1 har dog produceret A1. Kan M1's tilknytning til A1 begrunde, at M1 ifalder ansvar for skader forvoldt af A2? Der er intet konkret i PALs forarbejder, der kan begrunde det ene eller det andet udfald. Hvis M1 kan omgå det ansvar, som denne ellers vil ifalde, ved at skabe A1 fremfor selv at producere A2, vil dette være en omgåelse af de strenge produktansvarsregler. Det vil samtidig være formålsstridigt, da M1 vil kunne omgå forbrugerbeskyttelsen ved at skabe et mere kompliceret produkt. Formålet med produktansvarsreglerne er netop at beskytte forbrugere mod at skulle løfte en bevisbyrde for komplicerede produkter.

På denne baggrund vurderes det, at M1 ikke alene ville være ansvarlig for skader forvoldt af A1, men ligeledes vil kunne gøres ansvarlig for skader forvoldt af A2. Dette kan dog ikke vides med sikkerhed, førend domstolene har taget stilling til en lignende problemstilling.

Melleghandleransvar – PAL

Det følger af §10 i PAL, at en mellemhandler er ansvarlig for skader forvoldt af defekte produkter, medmindre de kan godtgøre, at skaden ikke er forvoldt af disse. Det følger desuden af PAL §10a,

⁸⁸ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til §4, stk. 1, afsnit 7

at mellemhandlere hæfter for ansvar, som skyldes producenten eller tidligere leds forsømmelse eller fejl.

Det fremgår af PAL §4, stk. 3 at man betragtes som mellemhandler, hvis man erhvervsmæssigt bringer et produkt i omsætning uden at kunne blive betragtet som producent.

Mellemhandleren er som nævnt underlagt et præsumptionsansvar, hvilket betyder, at mellemhandleren har bevisbyrden for, at eventuelle skader ikke skyldes mellemhandlerens egen fejl eller forsømmelse.

6.5 Defekt.

Et af de mest centrale begreber inden for produktansvarsreglerne er begrebet defekt, idet man alene kan opnå erstatning for skader forvoldt af et defekt produkt jf. PAL §6.

Definitionen af defekt fremgår af PAL §5, hvorefter et produkt lider af en defekt, hvis produktet ikke frembyder den sikkerhed, man med rette kan forvente. §5 opregner specifikt tre hensyn, som kan indgå i denne vurdering:

- 1) Produktets markedsføring jf. §5, stk. 1, nr. 1
- 2) Den anvendelse af produktet, som kan forventes jf. §5, stk. 1, nr. 2
- 3) Tidspunktet for omsætningen jf. §5, stk. 1, nr. 3

PAL §5 tilsiger dog også, at alle omstændigheder kan indgå i vurderingen, hvorfor oplistningen ikke er udtømmende.

6.5.1 PAL §5, stk. 1, nr. 1

§5, stk.1, nr.1 stiller krav til produktets markedsføring. Dette er ikke en henvisning til markedsføringslovens regler, men er derimod en omskrivelse af produktansvarsdirektivets begreb "præsentation". Begrebet markedsføring tilsiger at dække samtlige oplysninger uanset disses art eller form. Hvis produktet ikke kan konstrueres uden at denne kan forvolde skade, skal dette oplyses i produktets markedsføring. Enhver advarsel kan dog ikke begrunde ansvarsfrihed. Det afhænger blandt

andet af, hvilken personkreds produktet er rettet imod, samt om konstruktionsmæssige ændringer ville kunne eliminere risikoen for skaden.⁸⁹

Der stilles ikke konkrete krav til udformningen af produktets markedsføring. De nærmere regler herfor reguleres af markedsføringsloven.⁹⁰

Produktets markedsføring er af stor betydning, da dette kan påvirke forbrugernes forventning til produktet. Såfremt der er advaret mod en risiko, kan en forbruger ikke forvente, at produktet yder sikkerhed for denne risiko, hvorfor produktet ikke lider af en defekt.

Dette ses eksempelvis ved Teslas autopilotssystem, der adskillige gange har været indblandet i trafikulykker. Af Teslas retningslinjer for brug af autopilot fremgår det, at *“De aktuelle Autopilot-funktioner kræver aktiv overvågning fra førerens side, og de gør ikke køretøjet autonomt.”*⁹¹ Dette udsagn har været en medvirkende faktor i undersøgelserne vedrørende Teslas autopilot ulykker, hvor Tesla indtil nu er blevet frikendt for ansvar under henvisning til, at føreren af bilen ikke har været tilstrækkelig opmærksom på vejen, hvorfor bilen forulykkede.⁹²

Lignende advarsler må tillige forventes at blive en del af markedsføringen for andre AI produkter. Om disse advarsler kan medføre ansvarsfrihed må bero på en konkret vurdering. Højesteret har i dommen U 2015.2455 H påpeget en række momenter, som kan begrunde et produktansvar på trods af advarsler i markedsføringen. Højesteret fandt, at advarsler i markedsføringen ikke kan begrunde ansvarsfrihed hvis:

- Forkert brug medfører nærliggende risiko skade.
- Producenten burde have indset den nærliggende risiko
- Og hvis det er ukompliceret at konstruere produktet, således risikoen for skaden minimeres eller elimineres.

Produktionen af AI er en kompliceret proces, hvori mange aktører er involveret. Alt efter hvilken AI der er tale om, vil risikoen for skader aldrig være ikkeeksisterende. Særligt pointen angående at produktet på ukompliceret vis kunne være konstrueret anderledes, kan være udfordrende i de

⁸⁹ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til §5, stk. 1, nr. 1

⁹⁰ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til §5, stk. 1, nr. 1

⁹¹ https://www.tesla.com/da_DK/autopilot (Link af 04/05-2020)

⁹² NATIONAL TRANSPORTATION SAFETY BOARD Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, Collision between a Car Operating with Automated Vehicle Control Systems and a Tractor-Semitrailer Truck Williston, FL May 7, 2016, side 41.

første sager domstolene møder. AI er fortsat et forholdsvis uudforsket område, hvorfor det må forventes, at skader må opstå på baggrund af den manglende teknologiske udvikling. PAL fastsætter dog ligeledes, at et produkt ikke betragtes som defekt, alene fordi et bedre produkt efterfølgende er kommet på markedet jf. PAL §5, stk. 2. Denne problemstilling bliver nærmere gennemgået nedenfor under gennemgangen af PAL §5, stk. 2.

6.5.2 PAL §5, stk. 1, nr. 2

Ifølge PAL §5, stk. 1, nr. 2 skal der, i vurderingen af om produktet lider af en defekt, tages hensyn til den brug, som med rimelighed kan forventes. Det fremgår af forarbejderne, at forkert brug som udgangspunkt vil medføre ansvarsfrihed for producenten - dog må man i visse tilfælde forvente en vis atypisk brug af produktet.⁹³

Skader forvoldt grundet atypisk brug af et produkt kan erstattes efter produktansvarsreglerne, navnlig når den atypiske brug er i forlængelse af den naturlige brug. Det har dog betydning, om der er vedlagt en brugervejledning, og om denne advarer mod bestemte typer brug. Dette ses eksempelvis i afgørelsen FED 2004.554 Ø, hvor et insektmiddel ikke ansås som defekt, da det ikke var godtgjort, at midlet ikke havde været effektivt, såfremt brugsanvisningen var blevet fulgt. Det samme nåede dommerne frem til i FED 2008.20 Ø, hvor en kødhakker havde kontamineret hakket kød med olie. Her fandt produktansvar ligeledes ikke anvendelse, idet manualen forskriver en løbende vedligeholdelse af kødhakkeren.

Begge domme er eksempler på, at atypisk brug medfører, at der ikke foreligger en defekt, når manualen advarer mod den atypiske brug.

AI er en nyskabelse, som de færreste har kendskab til. Det er derfor svært for en bruger at vurdere, hvorvidt deres brug af produktet er atypisk. En bruger uden kendskab til selvkørende biler vil muligvis forvente at kunne forlade førersædet efter at have igangsat autopilot. Såfremt producenten ikke ønsker at ifalde et produktansvar, bør producenten udarbejde en manual, således at brugeren ikke er i tvivl om, hvad der betragtes som atypisk brug.

⁹³ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til §5, stk. 1, nr. 2

AI er naturligvis ikke det eneste produkt, hvor en udførlig manual vil være afgørende for brugernes forventning. Dog medfører AI's fremmedartethed, at det er begrænset, hvor stort kendskab man kan forvente, at brugere har, inden de erhverver sig produkter med AI.

6.5.3 PAL §5, stk. 1, nr. 3

Ifølge PAL §5, stk. 1, nr. 3 skal man, i vurderingen af om der foreligger en defekt, blandt andet lægge vægt på tiden for omsætningen. Heri lægger der, at man ikke kan forvente, at et produkt af ældre karakter frembyder samme sikkerhed som et tilsvarende moderne produkt.

Et produkt bliver ikke defekt, alene fordi der kommer et nyere og bedre produkt på markedet. Et ældre produkt vil dermed blive betragtet som defekt, såfremt produktet ikke lever op til de forventninger, en forbruger kan have til et ældre produkt.⁹⁴

6.5.4 Andre forhold af relevans for bedømmelsen af om der foreligger en defekt

Det må forventes, at AI i fremtiden vil være implementeret i adskillige betydningsfulde produkter. Fremtidigt vil det muligvis kunne forventes, vi vil blive diagnosticeret af AI, når vi bliver syge, hvorefter vi sætter os ind i vores selvkørende bil og bliver fragtet hjem af AI.

For visse af disse produkter vil det være uundgåeligt, at de vil medføre skader. For en selvkørende bil vil udefrakommende begivenheder kunne resultere i en situation, hvor skader er uundgåelige, eller hvor en AI forsøger at diagnosticere en syg person, men hvor de samme symptomer kan være tegn på adskillige mere eller mindre alvorlige sygdomme.

Hvad der kan forventes af AI afhænger blandt andet af, hvordan produktet er markedsført men også af, hvordan problemerne blev løst før AI. Vi kan næppe acceptere, at antallet af skader stiger betragteligt, ved at løse nuværende problemer ved anvendelsen af AI. De første forsøg med selvkørende biler indikerer dog, at der vil være færre ulykker, når bilen bliver styret af AI.⁹⁵

Vurderingen af, om AI frembyder den sikkerhed, man med rette kan forvente, kan dog ikke besvares alene ved at sammenligne AI med menneskelig adfærd. Det følger af PAL §5, at et produkt anses som defekt, når *“det ikke frembyder den sikkerhed, som med rette kan forventes”*. Hvis AI

⁹⁴ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til §5, stk. 1, nr. 3

⁹⁵ COM(2016) 787 final - Redning af liv: forbedret sikkerhed i biler i EU s. 4

kan frembringe et resultat, som er bedre end hvad almindelige mennesker kan præstere, men ringere end hvad andet sammenligneligt AI kan præstere, så vil man fortsat kunne betragte AI'en som defekt.

Der kan ikke lægges klare retningslinjer for, hvad der kan forventes af AI. Denne afgørelse må bero på en konkret vurdering, hvor der tages hensyn til AI's opgave og særlige karakter.

6.6 undtagelser til produktansvaret

Der gælder en række undtagelser til reglerne om objektivt ansvar for produktansvar. De fleste af disse undtagelser fremgår af PAL §7. Det er producenten, som har bevisbyrden for, at disse undtagelser er anvendelige. Bevisbyrdereglen fremgår klart af ordlyden i PAL §7, hvor der står, at *“Producenten er ikke ansvarlig, hvis denne beviser:”* Derudover følger det også af de almindelige regler om bevisbyrde.

6.6.1 PAL §7

Ifølge §7 bliver producenten ikke objektivt ansvarlig, hvis:

- Producenten ikke har bragt varen i omsætning jf. §7, stk. 1, nr. 1
- Produktet ikke er fremstillet eller sat i omsætning som led i en erhvervsvirksomhed jf. §7, stk. 1, nr. 2
- Defekten skyldes, at produktet skal følge offentlige forskrifter jf. §7, stk.1, nr. 3
- Det på tidspunktet på omsætning ikke var muligt at opdage defekten på baggrund af den videnskabelige og tekniske viden jf. §7, stk. 1, nr.4
- Det må antages at defekten ikke var til stede på tidspunktet for omsætningen jf. §7, stk. 2

Delproducenten er endvidere ikke ansvarlig hvis:

- Defekten skyldes udformningen af produktet, som delproduktet indgår jf. §7, stk. 3
- Defekten skyldes anvisningen fra den der har fremstillet det færdige produkt jf. §7, stk. 3.

Hvis producenten, eller nogen som denne er ansvarlig for, ikke selv har bragt produktet i omsætning, er denne ikke ansvarlig for skader forvoldt af defekter i produktet. Dette kunne eksempelvis skyldes skader under produktionen, tyveri mm. Denne bestemmelse giver ikke umiddelbart nogle særlige udfordringer for AI.

Hvis producenten ikke har fremstillet eller solgt produktet som led i erhvervsvirksomhed, kan denne heller ikke gøres ansvarlig for skader forvoldt af defekter. Dette betyder, at hobby-programmøren ikke kan gøres ansvarlig for skader forvoldt af AI, såfremt AI'en hverken er produceret eller solgt som led i erhvervsarbejde. Denne bestemmelse giver umiddelbart heller ikke nogen særlige udfordringer for AI.

Hvis en defekt skyldes at produktet skal udformes efter offentlige forskrifter, er producenten ej heller ansvarlig. Dette giver umiddelbart ikke særlige udfordringer for AI.

Hvis det på tidspunktet for omsætningen ikke var muligt at opdage defekten på grund af den manglende videnskabelige eller teknologiske udvikling, er producenten ej heller ansvarlig. Dette kaldes for udviklingskader. Det fremgår af forarbejderne til PAL, at det afgørende i denne vurdering ikke er, hvilken information producenten faktisk besad, men derimod hvilken information der var tilgængelig. Hvor dybdegående en undersøgelse, producenten skal foretage, afhænger blandt andet af produktets karakter og formål. Hvis der, efter produktet er bragt i omsætning, fremkommer oplysninger som sandsynliggør, at produktet er defekt, vil der være tale om en udviklingsskade, hvorefter producenten vil være ansvarsfri.⁹⁶

Landsretten lagde i dommen FED 2011.114 Ø vægt på, at producenten af en medicin mod fedme ikke "... på grundlag af den objektive videnskabelige og tekniske viden på det mest avancerede niveau ikke (...) var muligt at opdage defekten". Herefter blev producenten frikendt under henvisning til produktansvarsreglerne. Samme konklusion nåede højesteret frem til i U 2012.558 H. Dommen omhandlede en lignende sag, hvor et slankemiddel havde medført en hjerteklapfejl. Som begrundelse for afgørelsen udtalte højesteret: "*efter besvarelsen af navnlig spørgsmålene 1, 28 og 29 c må det imidlertid lægges til grund, at der ikke i tiden forud for august 1997 forelå oplysninger, der med rimelig sikkerhed skabte videnskabelig mistanke om en sådan sammenhæng. Højesteret finder det herved godtgjort, at det på grundlag af den objektive videnskabelige og tekniske viden*

⁹⁶ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til §7

på det mest avancerede niveau ikke før dette tidspunkt var muligt at opdage defekten ved Isomeride.”

Dommene illustrerer, at domstolene stiller ganske høje krav til producenternes forundersøgelser, før de sætter et produkt på markedet. I den konkrete sag medførte defekten i medicinen en hjerteklapfejl, som må anses som en ganske alvorlig skade. Produktet og skadens karakter er sandsynligvis medvirkende til, at domstolene stiller så strenge krav til forundersøgelserne i den konkrete sag. Ikke desto mindre må det forventes, at der generelt stilles betydelige krav til de forundersøgelser, producenten bør udføre, herunder særligt for risikobetonede produkter.

Om skader forvoldt af AI kan betragtes som udviklingsskader må bero på en konkret vurdering. Visse skader er uundgåelige, og vil næppe kunne tilskrives AI. Eksempelvis hvis en person springer ud foran en selvkørende bil. Disse skader vil ikke betragtes som udviklingsskader, da de i høj grad skyldes udefrakommende begivenheder.

Hvis man derimod forestiller sig en AI, som, efter den er blevet implementeret, forsætter sin selv-læring og er i stand til at træffe autonome beslutninger. Producenten kan indrette de mål, som AI'en forsøger at opnå samt rammerne for opnåelse af disse mål. Det kan dog tænkes, at AI'en forstår målene og rammerne på en anden måde end de var tiltænkt, således at AI'en over tid vil blive mere uforudsigelig og tilmed skadelig. Såfremt producenten har foretaget omfattende forundersøgelser, som alle indikerede, at denne metode til at udvikle tilsvarende AI er sikre, vil det så kunne betragtes som en udviklingsskade? Hvis der på grundlag af den objektive videnskabelige og tekniske viden på det mest avancerede niveau ikke med rimelig sikkerhed er en mistanke om, at produktet kan udvikle sig således, at den bliver potentiel skadelig, vil der som udgangspunkt være en udviklingsskade.

Udviklingsskader forventes dog at have begrænset praktisk relevans, da de færreste skader betragtes som udviklingsskader.

Endeligt er der undtagelsen i §7, stk. 2, hvorefter producenten ikke er ansvarlig for defekter, der er opstået efter at produktet er bragt i omsætning. Det fremgår af bestemmelsens forarbejder, at der med denne bestemmelse er taget sigte på de situationer, hvor defekten først er opstået, efter

produktet er bragt i omsætning grundet eksempelvis forkert brug. I forarbejderne er denne undtagelse begrundet i, at producenten ikke har indflydelse på produktet efter produktet er bragt i omsætning.⁹⁷

Efter bestemmelsens ordlyd, vil det betyde, at en producent af AI ikke vil blive ansvarlig for defekter, som er opstået efter at AI'en er bragt i omsætning. AI har dog den særlige egenskab, at AI har mulighed for selvlæring. Selvlæringen kan potentielt resultere i, at AI'en tilpasser sit reaktionsmønster, hvorfor den reagerer anderledes end den gjorde, da den blev bragt i omsætning. Dertil kommer, at AI kan træffe autonome beslutninger. Hvis producenten af AI ikke kan gøres ansvarlig for en AI, der har tilegnet sig en defekt som følge af selvlæring eller autonome beslutninger, synes dette at være i strid med formålet bag PAL. Som allerede nævnt er formålet med produktansvarsdirektivet, og derfor også PAL, at sikre forbrugernes retssikkerhed overfor skader forvoldt af produkter. Behovet for denne beskyttelse er blandt andet opstået på baggrund af produkters tiltagende komplekse og tekniske karakter. Det vil derfor synes formålsstridigt, at man har skabt produkter, som er så komplekse, at de ikke længere kan rummes af PAL.

Af forarbejderne til PAL §7, stk. 2 fremgår det også tydeligt, at bestemmelsen er møntet på de situationer, hvor en defekt skyldes udefrakommende omstændigheder, som producenten ikke har kontrol over. Selv om producenten ikke kan kontrollere AI's selvlæring, efter denne er bragt i omsætning, og selvom producenten ikke kan kontrollere de autonome beslutninger, der træffes af AI'en, så er det producenten, der har været ansvarlig for kodningen samt samlingen af AI'en. Da producenten er ansvarlig for den kodning og sammensætning af produktet, der danner grundlag for AI's selvlæring og autonome beslutninger, vil det også være producenten, der er nærmest til at bære ansvaret for skader forvoldt af AI'en.

Selvom ordlyden af §7, stk. 2 indikerer, at en producent vil være ansvarsfri for en AI's selvlæring og autonome beslutninger, så har dette tværtimod ingen opbakning i forarbejderne samtidigt med, at det vil være formålsstridigt. Det må derfor forventes, at en producent også vil være ansvarlig for selvlæring og autonome beslutninger, som AI først udvikler efter AI'en er bragt i omsætning.

⁹⁷ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til §7

6.6.2 Systemskader

En systemskade er en skade, som et produkt forårsager, fordi det ikke er muligt at fremstille produktet uden den skadevoldende egenskab. Dermed er risikoen for skader uundgåelig.⁹⁸ Den skadevoldende egenskab skal ligeledes være alment kendt og accepteret, for at der er tale om en systemskade.

Det er en af betingelserne, at faren skal være almindeligt kendt og accepteret. Det vil sige, at det ikke er tilstrækkeligt, at producenten kender til faren, men der skal derimod være kendskab til faren i en bredere kreds. Her lægges blandt andet vægt på, hvilke oplysninger producenten giver om produktet i.fm. markedsføringen heraf.⁹⁹ Det er ydermere en betingelse, at faren skal være almindelig kendt på omsætningstidspunktet. Det vil sige, at folk skal have haft mulighed for at foretage en kvalificeret afvejning af fordelene og ulemperne ved at anvende produktet.

På nuværende tidspunkt er AI stadig en nyskabelse og dermed fremmede systemer, som de færreste har kendskab til. Dermed vil faren ved at bruge AI systemer ikke være almindeligt kendt, hvorfor skader forårsaget af AI ikke kan betragtes som systemskader. AI bliver dog stadig mere udbredt. Dette ser man eksempelvis ved, at mange biler har AI implementeret i form af autopilot. Der bliver ligeledes udviklet på AI til biler dagligt, og man skal formentlig ikke mange år ud i fremtiden, før disse implementeres på markedet. På nuværende tidspunkt findes der allerede selvkørende biler, men de er stadig i test-stadiet. Det er dog ikke utænkeligt, at AI med tiden og samfundsudviklingen vil blive udbredte systemer og hverdagsje. Dermed kan faren for skader ved brug af AI med tiden blive almindeligt kendt. Dette kan rejse spørgsmål om, hvorvidt skader forårsaget af AI med tiden vil kunne karakteriseres som en systemskade, hvorefter producenten vil kunne opnå ansvarsfrihed for skader forårsaget af AI.

6.7 Bevismæssige problemstillinger

Et af formålene med produktansvarsreglerne er at omgå de bevismæssige problemstillinger ved indførelse af objektivt ansvar. Herefter skal skadelidte alene bevise, at der foreligger en skade, en

⁹⁸ LSF 1988/1 LSF 54, punkt 2.1

⁹⁹ Erstatningsretlige grænseområder af Vibe Ulfbeck, 2. udgave, 1. oplag 2010, side 229

defekt, og at der er årsagssammenhæng mellem defekten og skaden jf. PAL §6, stk. 2. Forarbejderne til denne bestemmelse har overladt det til domstolene at vurdere, hvordan denne bevisbyrde løftes.¹⁰⁰

For skadelidte kan det være svært at bevise, at der foreligger en defekt, og at denne defekt var skyld i skaden. Dette gør sig særligt gældende for tekniske produkter, hvor en defekt kan være svær at identificere. Dertil kommer, at skadelidte skal bevise årsagssammenhængen, som kan være tilsvarende svær at bevise. Det må forventes, at i sager om produktansvar for AI vil det i mange tilfælde være nødvendigt med eksperter for at kunne identificere defekten samt sandsynliggøre en årsagssammenhæng, da dette typisk kræver en teknisk ekspertise, som de færreste besidder.

Bevisbyrden for produktansvar er dog fortsat nemmere at løfte end bevisbyrden inden for de almindelige erstatningsretlige regler, da man ikke skal løfte en bevisbyrde for culpa eller identificere hvem der er skyld i skaden. Bevisbyrdeproblematikken er derfor delvist afhjulpet i produktansvarsreglerne.

For ansvar uden for PAL gælder der dog fortsat en culpaansvarsnorm. Som allerede gennemgået i afsnit 5.4 kan dette give betydelige bevismæssige problemer for skader forvoldt af AI. Det vil dog fortsat være nemmere at bevise culpa efter de retspraksisudviklede produktansvarsregler, da der gælder en skærpet culpanorm sammenlignet med de almindelige erstatningsregler.

6.8 Produktansvarets anvendelighed ved AI

Reglerne for produktansvar omgår visse af de problemstillinger, som det almindelige erstatningsansvar har i forhold til AI. Samtidigt frembringer produktansvarsreglerne en række nye problemstillinger. Produktansvarsreglerne er udfordret af, at kun visse personer kan være ansvarssubjekter, kun visse personer kan opnå erstatning, og der er store begrænsninger for, hvilke skader der kan erstattes efter produktansvarsreglerne.

Selvom reglerne er udviklet for at beskytte skadelidte mod produkters tiltagende kompleksitet, giver reglerne en række udfordringer, da reglerne samtidigt er begrænset til forholdsvis specifikke situationer.

¹⁰⁰ 1998/1 LSF 54, kommentarerne til § 6, stk. 2

Et af de forhold der vil gøre det nemmere at få erstatning for skader forvoldt af AI gennem produktansvarsreglerne, end af de almindelige erstatningsretlige regler, er, at ansvarsnormen er objektiv. Dermed undgår skadelidte at skulle løfte bevisbyrden for, at der har været ansvarspådragende forhold – en bevisbyrde som kan være svær at løfte.

Den objektive ansvarsnorm er dog begrænset, og finder ikke anvendelse for skader, som ikke erstattes efter PALs regler såsom erhvervsskader. Det betyder, at erhvervsdrivende fortsat skal føre bevis for, at det har været ansvarspådragende forhold, der har resulteret i en skade. For større erhvervsdrivende, som i forvejen har teknisk ekspertise, vil dette være en mindre udfordring, men for mindre erhvervsdrivende såsom enkeltmandsvirksomheder, vil dette kunne være en stor hindring. Mindre erhvervsvirksomheder har muligvis ikke den økonomiske kapacitet, som det ville kræve for at kunne identificere, om der er handlet culpøst og i så fald, hvem der har handlet culpøst.

For forbrugertingskader, der som udgangspunkt er omfattet af PAL, gælder der også en række begrænsninger. Forbrugere vil ikke kunne opnå erstatning efter produktansvarsreglerne for skader på produktet selv. Det må forventes at AI kan implementeres i mangeartede produkter, herunder produkter der har stor værdi. Hvis en forbruger ikke kan få dækket skaden på dennes autonome bil, kan dette være en betydelig økonomisk byrde for forbrugeren. Selvom denne problemstilling ikke er unik for AI, så medfører AI's særlige karakter visse udfordringer. Forbrugeren vil være nødsaget til at få dækket skaderne på den autonome bil via de almindelige erstatningsretlige regler. Som allerede gennemgået kan dette være en nærmest umulig opgave på grund af AI's særlige karakter.

Derudover vil det ikke være muligt for forbrugere at få dækket skader, der har en værdi under 4.000 kr. Efter PAL skal der fratrækkes 4.000 kr. I erstatningen for tingsskader. Dette betyder, at forbrugere kun kan få delvis dækning, hvis de overhovedet kan få nogen. De 4.000 kr. vil man kunne få erstattet via de almindelige erstatningsretlige regler, men som allerede gennemgået, kan dette være udfordrende.

Den sikkerhed man opnår ved, at der gælder et objektivt ansvar for producenten, er yderligere udfordret af, at producenten i en række tilfælde kan være ansvarsfri. Producenten er blandt andet ansvarsfri for udviklingsfejl og for defekter, som er opstået efter produktet er bragt i omsætning.

En producent er ansvarsfri, hvis en defekt først opstår i produktet, efter produktet er bragt i omsætning. Da denne bestemmelse blev til, havde lovgiver næppe fantasi til at forstille sig, at vi en

dag vil have autonome robotter. I dag er vi dog ikke langt fra, at dette er realiteten. Udfordringen med denne bestemmelse og AI er, at AI kan være i stand til selv læring samt at træffe autonome beslutninger. Det kan betyde, at en AI tilegner sig en defekt, efter den er bragt i omsætning, på baggrund af egen indlæring og beslutninger. Ordlyden af bestemmelsen antyder, at en producent i disse tilfælde ikke ville blive ansvarlig for skader forvoldt af AI'en, da defekten ikke var til stede på omsætningstidspunktet. Dette vil dog stride mod formålet med PAL, og forarbejderne til PAL illustrerer tilmed, at bestemmelsen var møntet på en hel anden situation, nemlig den hvor defekten var påført af andre. Det må forventes at domstolene vil fortolke bestemmelsen således, at producenten også i disse tilfælde vil være ansvarlig, men på nuværende tidspunkt er dette uafklaret. Dette skaber en betydelig usikkerhed angående, hvem der bærer risikoen - en usikkerhed som skaber utryghed og manglende retssikkerhed. Dette kan betyde, at forbrugere ikke tør anskaffe sig AI, eller at producenter ikke tør producere AI, da konsekvenserne af skadevoldende handlinger fortsat er uafklaret.

Produktansvarsreglerne gælder, som allerede nævnt, alene for forholdsvise specifikke situationer. PAL definerer blandt andet, hvem der kan betragtes som producent, hvad der kan betragtes som et produkt, og hvornår et produkt betragtes som defekt. Disse definitioner kan ligeledes være en udfordring, hvis skader forvoldt af AI skal dækkes af produktansvarsreglerne.

Ifølge PAL betragtes man blandt andet som producent, såfremt man har produceret et produkt, eller har produceret et delprodukt. I fremtiden må det forventes, at AI selv vil være i stand til at skabe AI. Hertil opstår spørgsmålet, hvem der skal betragtes som producent, når AI kan skabe nyt AI. AI kan ikke have et selvstændigt ansvar, da denne ikke anses som et retssubjekt. Den der vil være nærmest til at bære ansvaret må umiddelbart være den menneskelige person, der har skabt den AI, som er i stand til at skabe nyt AI. Dette er dog fortsat uafklaret, og hverken forarbejderne eller praksis indikerer, hvordan produktansvarsreglerne forholder sig til denne problemstilling. Problemstillingen må forblive uafklaret, indtil domstolene har mulighed for at forholde sig til sagen.

Man betragtes ikke som producent, medmindre man har skabt et produkt. Et produkt i PALs forstand er et fysisk løseobjekt. Der hersker ikke meget tvivl om, at AI, som er implementeret i en fysisk enhed, vil blive betragtet som et produkt. Det er derimod uafklaret, om AI som stand-alone software vil blive betragtet som et produkt. Derudover vil delproducenter, som leverer software, der

ikke er implementeret på en fysisk enhed, heller ikke kunne betragtes som en delproducent i PALs forstand.

Både begrebet produkt og begrebet producent giver anledning til udfordringer i forhold til AI. AI's særlige karakter medfører, at der opstår en række uforudsete situationer, som disse begreber og forarbejder dertil ikke forholder sig til. Dette medfører yderligere usikkerhed om, hvornår man kan opnå erstatning efter produktansvarsreglerne for skader forvoldt af AI. Denne usikkerhed må afklares ved domstolene. Usikkerheden vil skabe utryghed for forbrugerne, hvilket kan medføre, at forbrugerne får mistillid til produkter, hvori der indgår AI.

Endeligt kan en AI forvolde skader, uden at det kan siges, at produktet lider af en defekt. Et produkt anses alene som defekt, hvis produktet ikke har den sikkerhed, som med rimelighed kan forventes af produktet. I visse tilfælde vil AI kunne medføre skader, uden at der vil være tale om en defekt. Det kan eksempelvis skyldes, at en udefrakommende begivenhed tvinger AI'en til at foretage en handling, som medfører skader. Sådanne skader vil ikke kunne dækkes efter produktansvarsreglerne. Dertil kommer, at det er skadelidte, der bærer bevisbyrden for, at produktet lider af en defekt. Denne bevisbyrde kan være svær at løfte, da det kan kræve en betydelig teknisk ekspertise at identificere en defekt i AI'en. Det kan derfor i visse tilfælde være nært umuligt at opnå erstatning efter produktansvarsreglerne, fordi AI's tekniske karakter kan gøre det svært at bevise, at der er en defekt i produktet.

Det er dog vigtigt at have i mente, at produktansvarsreglerne ikke udelukker ansvar efter andre erstatningsregler såsom de almindelige erstatningsregler. Produktansvarsreglerne supplerer alene de allerede eksisterende regler.

6.9 Delkonklusion

Mange skader, der er forvoldt af AI, vil kunne erstattes af produktansvarsreglerne. Dette gælder navnlig personskader eller forbrugertingskader forvoldt af et AI-system, der er implementeret i et fysisk produkt, og hvor defekten er åbenlys.

Der er dog en lang række potentielle skader, hvor der er stor usikkerhed om, hvorvidt de dækkes af produktansvarsreglerne. Dette skyldes, at produktansvarsreglerne i høj grad er lovreguleret med en lang række faste definitioner af afgørende betydning for ansvarsvurderingen. PAL er fra 1989,

og har kun gennemgået begrænset fornyelse. En del af de problemstillinger, vi møder i dag, var alene sci-fi, da loven blev vedtaget.

Den store usikkerhed omkring retsstillingen må betragtes som et problem. Hverken producent eller brugere kan på forhånd vide, hvilke konsekvenser skader forvoldt af AI vil have. Usikkerheden vil tilmed skabe utryghed og mistillid for brugerne af produktet. Det er centralt for den fortsatte udvikling af AI, at brugere og producenter har en vis viden omkring deres retsstilling.

AI's tekniske karakter vil desuden kunne give bevismæssige problemer, da det kan være svært at bevise, at AI lider af en defekt.

Dertil kommer, at det må forventes, at der kan opstå problemstillinger, som man endnu ikke har fantasien til at forestille sig.

Om produktansvarsreglerne vil kunne regulere ansvaret for AI på tilfredsstillende vis afhænger i høj grad af, hvordan domstolene forholder sig til de uafklarede problemstillinger. Da man på nuværende tidspunkt alene kan komme med kvalificerede gæt på, hvordan disse problemstillinger vil løses af domstolene, vil produktansvaret næppe kunne regulere ansvaret for skader forvoldt af AI på betryggende vis.

7. Ulovbestemt objektivt ansvar

Det objektive ansvar er karakteriseret ved, at man bliver pålagt et ansvar, uanset om der er blevet begået fejl og forsømmelser, såfremt ens handlinger eller undladelser medfører en skade.

Der ses en tendens til, at lovgiver på en række områder vælger at skærpe den sædvanlige culpaansvarsnorm, således at der gælder et objektivt ansvar. Dette er eksempelvis tilfældet for motordrevne køretøjer¹⁰¹, hunde¹⁰², heste¹⁰³ og miljøskader.¹⁰⁴ Inden for disse områder er der stor risiko for skade, og det kan være svært at placere et erstatningsansvar. Dette har blandt andet været baggrunden for, at lovgiver har valgt, at der skal gælde et objektivt ansvar¹⁰⁵ for disse områder.

Uden for det lovbestede objektive ansvar har domstolene i visse tilfælde idømt erstatningsansvar i sager, hvor skadevolder øjensynligt ikke har begået culpøse handlinger eller undladelser. Højesteret har hovedsageligt pålagt ulovbestemt objektivt ansvar for visse bestemte typer skader. Dommene om ulovbestemt objektivt ansvar har overvejende været afsagt i 1980'erne, og der er ikke set eksempler på ulovbestemt objektivt ansvar i nyere praksis. Dette kan indikere, at domstolene har fået afgrænset anvendelsesområdet for det ulovbestemte objektive ansvar¹⁰⁶.

Domstolene har endnu ikke haft mulighed for at tage stilling til en sag vedrørende skader forvoldt af AI. Selvom der ikke har været afsagt principielle domme for ulovbestemt objektivt ansvar siden 1980'erne, kan domstolene fastsætte et objektivt ansvar for skader forvoldt af AI, såfremt domstolene finder at de samme formål, forhold og principper, som har været gældende i sagerne for 1980'erne, ligeledes kan gøres gældende for skader forvoldt af AI.

Der har været forskellige teorier, der har forsøgt at klarlægge, hvor og hvornår der bør fastsættes ulovbestemt objektivt ansvar. Nedenfor gennemgås Henry Ussings teori af 1914 om ulovbestemt objektivt ansvar, da dennes anvendelighed ofte er omdiskuteret i den juridiske litteratur.

¹⁰¹ LBKG 2018-11-21. Nr. 1324, Færdselsloven, §101, stk. 1

¹⁰² LBKG 2014-11-30, nr. 1373, Hundeloven, §8, stk. 1

¹⁰³ LBKG 2017-03-30, nr.304 Hesteloven, §30a

¹⁰⁴ LBKG 2014-09-09, nr. 994 Miljøskadeerstatningsloven, §3, stk. 1

¹⁰⁵ Lærebog i erstatningsret, s. 169 f.

¹⁰⁶ Lærebog i erstatningsret, s. 185.

7.1 Ussings tese om ulovbestemt objektivt ansvar for farlig bedrift

Tilbage i 1914 fremsagde Henry Ussing en tese i sin Ph.d. afhandling "skyld og skade"¹⁰⁷ om, at der burde gælde en generel regel om ulovbestemt objektivt ansvar for skader forvoldt ved "farligt bedrift". Tesen er af ældre dato, og den har ikke stor støtte i praksis.¹⁰⁸ Tesen indeholder dog adskillige betragtninger af interesse, hvorfor den overordnet vil blive gennemgået.

Ussing argumenterer for, at der bør gælde et generelt ulovbestemt objektivt ansvar for "... *alle ekstraordinære Handlinger, der frembringer en usædvanlig Fare.*"¹⁰⁹ Ussing begrundet dette med, at ekstraordinære handlinger, der frembringer en usædvanlig fare, kun kan tillades, hvis de tillige frembringer et udbytte. Ussings tese bygger på det princip, at man alene bør udføre farlig virksomhed, hvis der er mulighed for et stort udbytte.

I beregningen af om der er et udbytte, skal erstatningen, for de skader de ekstraordinære handlinger medfører, fraregnes. Hvis ikke disse tab bliver fratrukket i det samlede udbytte, vil det i stedet være samfundet der bærer tabet for den gevinst, der opnås ved at drive ekstraordinær farlig virksomhed.¹¹⁰ Med andre ord mener Ussing, at såfremt man vælger at drive en virksomhed med stor risiko for skade på andre end virksomheden selv, så må man betale erstatning, uanset om der kan fastlægges skyld, fordi man har valgt at drive en farlig virksomhed med det formål at opnå et udbytte. Ussing mener ikke at det er rimeligt, at naboer, miljø eller andre udefrakommende skal bære et tab, som er et nødvendigt onde for at kunne drive farlig virksomhed i de tilfælde, hvor der ikke kan fastsættes skyld. Samfundet skal ikke betale for, at andre kan opnå profit ved at drive en farlig virksomhed.

En forudsætning for at kunne fastsætte et objektivt ansvar for farlig bedrift vil dog være, at farligheden er kendelig, således man har mulighed for at vurdere, om det mulige udbytte vil kunne opvejes af de mulige udgifter, herunder udbetaling af erstatning¹¹¹.

Ussing argumenterer for, at jo farligere virksomhed man driver, jo større grund er der til at pålægge dette ansvar.¹¹²

¹⁰⁷ Henry Ussing, "Skyld og skade - bør erstatningspligt uden for kontraktforhold være betinget af culpa?", 1914. Herfra kendt som "Skyld og skade"

¹⁰⁸ Lærebog i erstatningsret, s. 205

¹⁰⁹ Skyld og Skade, s. 118

¹¹⁰ Skyld og skade, s. 128

¹¹¹ Skyld og skade s. 124

¹¹² Skyld og skade s.123

Selvom Ussings tese ikke kan siges at være blevet fulgt af domstolene, så er den ikke uden værdi. Flere af de områder, som Ussing påpeger, bør være reguleret af et ulovbestemt objektivt ansvar, er nu reguleret af et lovbestemt objektivt ansvar, såsom motordrevne køretøjer.¹¹³ Dertil kommer, at man må give Ussing ret i hans argumentation. Det synes ikke rimeligt, at nogen skal lide et tab, så andre kan tjene en særlig stor profit ved at drive en farlig virksomhed. Særligt ikke når der er kendskab til, at der med denne type virksomhed er særlig stor risiko for skade, uanset om man har handlet culpøst eller ej.

Om produktionen af AI kan karakteriseres som en farlig virksomhed med stor risiko for skade må komme an på en konkret vurdering. Visse typer AI vil næppe kunne udgøre skade, mens det for andre typer AI vil være nærmest uundgåeligt. Det afhænger derfor af AI'ens karakter, formål samt i hvilket miljø AI'en skal kunne navigere.

Da domstolene ikke har accepteret Ussings tese om ulovbestemt objektivt ansvar for farlig bedrift, er det tvivlsomt, at domstolene vil fastsætte et ulovbestemt objektivt ansvar for skader forvoldt af farligt AI. På trods heraf kan det ikke afvises, at domstolene, i forhold til AI, vil anvende Ussings argumentation og betragtninger til at fastsætte et ulovbestemt objektivt ansvar.

Det vil ikke kunne afvises, at domstolene vil fastsætte et objektivt ansvar for skader forvoldt af AI, såfremt det ikke er muligt at fastsætte et ansvar ud fra de almindelige erstatningsansvars- eller produktansvarsregler. Såfremt det ikke vil være muligt at fastsætte andet ansvar, idet AI's særlige karakter kan gøre det nærmest umuligt at påvise culpa eller påvise en defekt, kan det ikke afvises, at domstolene vælger at fastsætte et objektivt ansvar for producenten begrundet i AI's farlige karakter, og producentens interesse i at markedsføre et sådant farligt produkt.

Dette vil dog afhænge af en række forhold, herunder AI'ens karakter, producentens interesse, samfundsmæssige interesser mm. Det kan derfor ikke med sikkerhed konkluderes, at der alene på baggrund af Ussings tese må gælde et ulovbestemt objektivt ansvar for skader forvoldt af AI.

¹¹³ Skyld og skade, s. 122

7.2 Risikobetragtning

Selvom Ussings tese om ulovbestemt objektivt ansvar for farlig bedrift ikke er blevet fulgt af domstolene, så har domstolene i flere tilfælde idømt erstatningsansvar for skader, selvom man ikke har kunne bevise, at der forelå culpa.

I dommen U 1983.866/2 H blev et kommunalt vandværk ansvarlig for skader på en vandforsyningsledning forårsaget af brug. Det kommunale vandværk havde ikke handlet uforsvarligt hverken ved nedlægningen eller vedligeholdelsen af vandværksledningen. Der havde tidligere været lignende uforklarlige brud på vandledninger. Højesteret udtalte dog, at det kommunale vandværk skulle bære tabet, da kommunen have mulighed for *“...ved sin tekniske og økonomiske planlægning af driften har mulighed for at tage risikoen for sådanne ikke upåregnelige skaders opståen i betragtning.”* I sagen var der dissens 4/7.

Selvom det kommunale vandværk ikke havde handlet culpøst, fandt højesteret, at de kunne pålægges ansvar ud fra en risikobetragtning. Risikoen for, at skader ville indtræde, var kendelig for det kommunale vandværk, hvorfor domstolen fandt, at vandværket måtte bære denne risiko. Denne afgørelse stemmer i høj grad overens med Ussings tese om ulovbestemt objektivt ansvar. Risikoen for skader var kendelig for kommunen, hvorfor kommunen i sin planlægning af driften burde påregne at skulle erstatte sådanne skader.

Samme konklusion nåede domstolen frem til i U 2000.1779 H, hvor der var brud på en kloakledning. Her udtalte Højesteret, at *“skader (...) findes som en udgift ved kloaksystemet at burde bæres af kommunen, der ved sin tekniske og økonomiske planlægning af driften har mulighed for at tage risikoen for sådanne påregnelige skader i betragtning”*, hvorefter der henvises til U 1983.866/2.

Domstolen har også afsagt domme med lignende begrundelse i sager, der ikke omhandler brud på forsyningsledninger. Dette var tilfældet i FED 1999.2531, hvor der blev fastsat ansvar for skader på en naboejendom forårsaget af pælepiloting. Domstolen lagde vægt på, at entreprenøren var bekendt med, at der var en betydelig risiko for skade på naboejendommen, hvorfor entreprenøren var ansvarlig, da entreprenøren ved *“den økonomiske og tekniske planlægning af byggeriet havde mulighed for at tage risikoen for skadeforvoldelse i betragtning”*.

I dommen U 2000.1779 H blev der ligeledes fastsat et ulovbestemt objektivt ansvar for skader forvoldt af nedrivningsarbejde. I dommen U 1983.714/2 H blev en kommune objektivt ansvarlig for skader forårsaget af grundvandssænkning.

Fælles for alle overstående domme er:

- Der var en betydelig risiko for skadeforvoldelse,
- Skadevolder var bekendt med denne risiko, og
- Der fandtes ikke at forelægge culpøse forhold.

Disse forudsætninger stemmer overens med forudsætningerne i Ussings tese. Selvom Ussings tese ikke har opnået generel anerkendelse af domstolene, synes det dog, at domstolene har anvendt tesens principper for særligt risikobetonet adfærd, hvor der ikke har været culpa.

Om domstolene vil anvende samme principper for særligt risikobetonet AI, hvor der ikke foreligger culpa, er naturligvis fortsat uafklaret. Man kan dog forstille sig, at domstolene vil finde det nødvendigt at anvende et ulovbestemt objektivt ansvar, da der endnu ikke er andre regler der indikerer, hvordan sager om skader forvoldt af AI skal håndteres. Såfremt domstolene finder det urimeligt, at skadelidte selv skal bære tabet, kan domstolene, i mangel af bedre, fastsætte et objektivt ansvar.

Domstolene er dog tilbageholdende med at fastsætte ulovbestemt objektivt ansvar,¹¹⁴ hvorfor der ligeledes er stor chance for, at domstolene vil frikende en skadevolder, såfremt der ikke foreligger ansvarspådragende handlinger eller undladelser.

AI kan implementeres i mange forskellige produkter, og kan være mangeartet. Dette taler imod, at der skulle fastsættes at ulovbestemt objektivt ansvar, da det kan være svært at afgrænse, i hvilke situationer skader forvoldt af AI medfører objektivt ansvar, og i hvilke situationer sagen skal afgøres ud fra de almindelig erstatningsretlige regler. Under alle omstændigheder må det forventes, at der alene vil blive fastsat et ulovbestemt objektivt ansvar, såfremt sagen omhandler særlig risikobetonet AI.

7.3 Bevismæssige problemstillinger

Fordelen ved det objektive ansvar er, at skadelidte ikke skal bevise, at der foreligger et ansvarspådragende forhold. Det vil dog være nødvendigt at bevise, at den skadevoldende AI er særligt risikobetonet. Derudover vil det også være nødvendigt at bevise, at denne risiko er kendelig.

¹¹⁴ Lærebog i erstatningsret s. 205

Det bør ikke være særligt udfordrende at bevise, at AI'en er særligt risikobetonet. Dette må vurderes ud fra, hvad AI'ens opgave er, samt i hvilket miljø AI'en skal operere. Hvorvidt det kan bevises, at risikoen er kendelig, må bero på en konkret vurdering. I visse tilfælde vil risikoen være almindelig kendt, idet der kan have været tidligere tilfælde med lignende skader, eller producenten kan have fået kendskab til risikoen gennem diverse rapporter.

Umiddelbart medfører AI dog ikke særlige udfordringer for denne bevisbyrde. Til gengæld undgår man de bevismæssige udfordringer, som AI's særlige karakter medfører for anvendelse af det almindelige erstatningsretlige ansvar og produktansvaret.

7.4 Det ulovbestemte objektive ansvars anvendelighed overfor AI

Det er ikke utænkeligt, at domstolene i specifikke sager vil fastsætte et ulovbestemt objektivt ansvar for skader forvoldt af AI. Dette vil ske ud fra de kriterier, som Ussing har fremsat i sin tese i 1914, som ligeledes ses i den praksis, hvor der er pålagt et ulovbestemt objektivt ansvar.

Det ulovbestemte objektive ansvar vil alene kunne anvendes på en lille del af den AI, som man kan forvente at vi møder i fremtiden. Dette skyldes, at det objektive ansvar alene kan fastsættes for særligt risikobetonet AI, som forventeligt alene vil udgøre en mindre andel af de AI produkter og services, der fremtidigt vil kunne tilbydes. En lang række skader forvoldt af AI vil derfor utvivlsomt ikke blive reguleret af det ulovbestemte objektive ansvar.

Hvorvidt det vil blive er problem, at der alene kan fastsættes ulovbestemt objektivt ansvar for risikobetonet AI, er tvivlsomt. Det objektive ansvar kan alene fastsættes, hvis der ikke kan fastsættes ansvar efter andre ansvarsregler, hvorfor det objektive ulovbestemte ansvar kan betragtes som et ekstra sikkerhedsnet i det erstatningsretlige system.

AI's særlige karakter giver næppe særlige udfordringer for fastsættelse af et ulovbestemt objektivt ansvar.

7.5 Delkonklusion

Ussings tese og praksis på området indikerer, at før der kan fastsættes et ulovbestemt objektivt ansvar, kræves det, at der foreligger en særlig stor risiko for skade, og at denne risiko er kendelig for skadevolder. Under visse omstændigheder vil skader forvoldt af AI opfylde disse krav.

Mange af de hensyn, der anvendes i praksis til fastsættelse af ulovbestemt objektivet ansvar, kan ligeledes gøres gældende for skader forvoldt af AI. Dette er navnlig kriterierne om en stor risiko, kendskab til denne risiko og fravær af ansvarspådragende handlinger. Det er derfor ikke usandsynligt, at domstolene vil fastsætte et ulovbestemt objektivet ansvar for skader forvoldt af AI. Det vil dog alene omfatte skader, der opfylder de overstående kriterier, der kan erstattes på baggrund af et objektivet ansvar, hvorfor en række skader forvoldt af AI ikke vil kunne erstattes efter disse retsregler.

Dertil skal det huskes, at domstolene er tilbageholdende med at fastsætte et ulovbestemt objektivet ansvar, og da lignende sager endnu ikke har været forelagt for domstolene, kan det ikke med sikkerhed forudsiges, hvorledes domstolene vil behandle sagen.

Selvom det ikke er usandsynligt, at domstolene under konkrete omstændigheder vil fastsætte et objektivet ansvar, er det dog så usikkert, at man ikke bør sætte sin lid hertil.

Det er en afgørelse, der alene kan træffes af domstolene, og hvorledes de afgør sagen kan afhænge af en række omstændigheder.

8. Konklusion

AI er en nyskabelse, som har en række særlige egenskaber herunder evnen til selvlæring og til at træffe autonome beslutninger.

Der findes endnu ikke regler, der regulerer erstatningsansvaret for skader forvoldt af AI, hvorfor det er op til de allerede eksisterende regler at regulere skader forvoldt af denne særlige nyskabelse. Domstolene har endnu ikke haft mulighed for at tage stilling til, hvordan ansvaret for skader forvoldt af AI skal håndteres, hvorfor der er stor usikkerhed på området. Selvom der endnu ikke er sager om skader forvoldt af AI, og selvom det endnu er begrænset, hvor stor udbredelse AI har, er det en problemstilling, man bør forholde sig til. Med de billioner af dollars der investeres i AI internationalt, kan det forventes, at man inden for kort tid vil se en eksplosion i produktionen af AI, der er tiltænkt erhvervslivet og forbrugere. På nuværende tidspunkt konkurrerer verdens lande i at udvikle AI, og området har stor opmærksomhed både nationalt og internationalt.

Da man forventer en kæmpe udvikling i AI, bør man overveje, hvilke udfordringer denne nyskabelse vil medføre for det erstatningsretlige område.

I vurderingen af om de nuværende erstatningsretlige regler kan regulere ansvaret for skader forvoldt af AI, bør man huske AI's mangefarvede art. AI kan implementeres i mange forskelligartede produkter, hvorfor der skal tages højde for dette i vurderingen af anvendeligheden af de erstatningsretlige regler. Derudover skal det erindres, at de erstatningsretlige regler supplerer hinanden, således en skade kan vurderes ud fra forskellige regelsæt.

De almindelige erstatningsregler vil kunne regulere en betydelig del af de skader, som forårsages af AI. Det almindelige erstatningsansvar har dog den store udfordring, at ansvarsgrundlaget er baseret på culpa. Vurderingen, af hvornår noget anses som culpøst, sker typisk ved at sammenligne den skadelige adfærd med den ønskelige adfærd. Der findes endnu ikke et sammenligningsgrundlag for AI, hvorfor der kan opstå særlige udfordringer for fastsættelsen af culpa. Disse problemer vil blandt andet kunne imødekommes ved fastsættelse af regler for god skik. Selvom god skiks regler ikke regulerer det erstatningsretlige ansvar, kan de give en indikation for, hvad der anses som ønskværdig adfærd. Et andet problem der kan opstå ved culpavurderingen er, at AI kan tilegne sig færdigheder og vaner ved selvlæring, og det er i stand til at træffe autonome beslutninger. I disse tilfælde kan det være umuligt at fastslå culpa for producenter eller ejeren af AI. Da AI ikke er et selvstændigt retssubjekt, vil man ikke kunne gøre AI'en ansvarlig for dennes culpøse adfærd.

Derudover vil der være betydelige bevismæssige udfordringer i at bevise, at der foreligger culpa, samt bevise hvilken af de mange aktører i udviklingen af AI, der har handlet culpøst.

Udover de almindelige culpabaserede erstatningsregler vil det tilmed være muligt at anvende produktansvarsreglerne til at fastsætte ansvar for skader forvoldt af AI. Fordelen ved disse regler er, at der gælder et objektivi ansvar for skader forvoldt af defekte produkter. Det objektive ansvar er dog begrænset til personskader og forbrugertingsskader. Erhvervstingsskader skal derimod bedømmes ud fra en skærpet culpabedømmelse. Fordelen ved at anvende objektivi ansvar, frem for culpabedømmelsen, er, at man ikke behøver et sammenligningsgrundlag, samt man kan fastsætte ansvar for AI'ens selv læring og autonome beslutninger. For erhvervstingsskader vil der være samme udfordringer som ved det almindelige erstatningsansvar, dog vil de være mindre udprægede, da der anvendes en skærpet culpavurdering.

Produktansvarsreglerne bliver yderligere udfordret af, at loven kun gælder for *producenter* og *mellemlhandlere*, samt at den kun gælder for *skader* forvoldt af *defekte produkter*. Begrebet producent, mellemlhandler, skade, defekt og produkt er alle nærmere defineret i PAL. Udfordringen her er blandt andet, at det må forventes, at AI i fremtiden selv kan producere AI. PAL og dennes forarbejder giver ingen indikation af, hvorledes en sådan problemstilling skal håndteres. Det må dog forventes, at producenten af den AI, som kan producere AI, vil blive ansvarlig for sin egen AI og den AI, som producentens egen AI vil producere, da producenten vil være den, der er nærmest til at bære tabet.

I forhold til begrebet defekt kan der opstå problemer, da en defekt er defineret ved, at produktet ikke har den sikkerhed, man kan forvente. Her må det forventes, at AI kan forvolde skader, uden at der er tale om, at produktet lider af en defekt. Dette vil betyde, at man ikke vil kunne få erstatning efter produktansvarsreglerne.

Begrebet produkt giver den udfordring, at det alene omfatter fysisk løsøre. Dette betyder, at det kun er AI, som er implementeret i en fysisk enhed, som vil blive betragtet som et produkt i PALs forstand. Når det kommer til standalone AI, er der stor tvivl om, hvorvidt dette vil betragtes som et produkt i PALs forstand.

Endeligt er det kun bestemte typer skader, der kan erstattes efter produktansvarsreglerne. Det er alene personskader og forbrugertingsskader, der erstattes efter produktansvarsreglerne. Skader på

produktet selv erstattes ikke efter produktansvarsreglerne. Endeligt skal man huske, at der i erstatningen efter PAL skal fratrækkes et beløb på 4.000 kr.

Selv hvis der kan fastsættes et ansvar efter produktansvarsreglerne, er der en række undtagelser til det objektive produktansvar. Et af disse er undtagelsen i PAL §7, stk. 2, hvorefter producenten er ansvarsfri, hvis defekten ikke var til stede på omsætningstidspunktet. Denne undtagelse kan være særligt udfordrende, da AI's særlige karakter medfører, at den kan være i stand til at tilegne sig en defekt via selvlæring, efter den er bragt i omsætning. Det må dog på baggrund af en formålsfortolkning og omstændighederne i øvrigt formodes, at domstolene ikke vil finde PAL §7, stk. 2 anvendelig i sådanne situationer. Dette vil dog fortsat være uafklaret, indtil domstolene har taget stilling til en lignende sag.

Endeligt er der også ved produktansvar betydelige bevismæssige udfordringer. Dette relaterer sig navnlig til, at det er skadelidte, der skal bevise, at produktet lider af en defekt. Dette kan under visse omstændigheder være en opgave, der kræver særlig teknisk ekspertise, og en bevisbyrde der i visse tilfælde kan være nær umulig at løfte.

For både det almindelige culpaansvar og for produktansvaret er der adskillige udfordringer, der kan forhindre skadelidte i at få dækket sit tab. Dette er ikke alene teoretiske udfordringer, i forhold til forståelse af begreber, men der er tilmed praktiske udfordringer i forhold til at bevise de nødvendige forhold.

Selvom mange skader forvoldt af AI uproblematisk vil kunne erstattes efter enten de almindelige erstatningsretlige regler eller efter produktansvarsreglerne, er der ligeledes en række skader, som ikke vil kunne erstattes efter disse regler. Dette skyldes enten, at skaden forvoldt af AI ikke lever op til de krav de to regelsæt stiller, eller fordi det ikke er muligt at bevise, at skaden lever op til disse krav.

Dertil kommer, at en række spørgsmål vedrørende rækkevidden af visse centrale begreber for produktansvar er uafklaret. Dette skaber usikkerhed, og selvom man via juridisk metode kan forsøge at forudse, hvordan disse usikkerheder bør afklares, er denne afgørelse alene op til domstolene.

Disse huller, som de øvrige retsregler efterlader, kan opsamles ved at fastsætte et ulovbestemt objektivt ansvar for skader forvoldt af AI.

Ifølge Ussings tese bør der fastsættes et ulovbestemt objektivt ansvar for alt farlig bedrift, når dette giver en usædvanlig stor risiko for skade, og dette var kendt for skadevolder. Ussings tese har ikke

opnået generel opbakning ved domstolene, men for de områder der allerede er fastsat et ulovbestemt objektivi ansvar, er Ussings principper fulgt af domstolene.

Visse typer af AI vil kunne kvalificere sig til at blive bedømt ud fra et ulovbestemt objektivi ansvar. Dette er alene de typer AI, der skaber en særlig stor risiko for skade, og hvor dette er kendeligt. Domstolene er dog tilbageholdende med at fastsætte et ulovbestemt objektivi ansvar, hvorfor der er stor usikkerhed om, hvorvidt domstolene vil fastsætte et ulovbestemt objektivi ansvar for skader forvoldt af en særlig risikobetonet AI.

Generelt er erstatningsområdet præget af stor usikkerhed angående, hvordan AI passer ind i de allerede definerede kriterier for erstatning. For visse af kriterierne er der åbenbare udfordringer, der kan udgøre en alvorlig hindring i udbetaling af erstatningsansvar. Dertil kommer, at AI's særlige tekniske karakter kan gøre det nært umuligt at løfte bevisbyrden for visse af disse kriterier.

På baggrund af overstående vurderes det, at det er nødvendigt med en præcisering af de nuværende regler for at skabe klarhed og tryghed på området. Alternativt bør det overvejes, om der skal gælde særlige erstatningsregler for skader forvoldt af AI.

De nuværende regler er præget af så stor usikkerhed og bevismæssige udfordringer, at man på nuværende tidspunkt ikke med særlig stor sikkerhed kan forudsige, hvordan skader forvoldt af AI skal håndteres. Dette vil skabe mistillid til AI-produkter, hvilket vil resultere i en mindre interesse fra forbrugernes side. Det er nødvendigt med en præcisering eller en alternativ lovgivning, såfremt forbrugerne også skal opfatte AI som et sikkert alternativ til andre produkter.

9. Litteraturliste

Retskilder

Love

1. LBKG 2018-11-21. Nr. 1324, Færdselsloven
2. LBKG 2017-03-30, nr. 304 Hesteloven
3. LBKG 2014-11-30, nr. 1373, Hundeloven
4. LBKG 2014-09-09, nr. 994 Miljøskadeerstatningsloven
5. LOV nr.371 af 07/07/1989, Produktansvarsloven.

Direktiver

6. Rådets direktiv 85/374/EØF af 25. juli 1985 om tilnærmelse af medlemsstaternes administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser om produktansvar

Lovforarbejder

7. Forslag til lov om produktansvar nr. 54 fremsat den 12. oktober 1988
8. L 201 forslag til lov om ændring af produktansvar, fremsat den 29. marts 2006

afgørelser

9. C-5C-52/00, Kommissionen mod Frankrig, af 25 april 2002

nske afgørelser

10. Ø.L.D. af 24. juni 2005. Sag: 22. afd., a.s. nr. B-3012-03
11. U 2019.2371 V
12. U 2018.98 H
13. U 2016.218 Ø
14. U 2015.572 H
15. U 2015.2455 H
16. U 2012.558 H
17. U 2012.1367 Ø

18. U 2010.1360 H
19. U 2008.1861 H
20. U 2007.2821 H
21. U 2006.218 Ø
22. U 2006.2077 HK
23. U 2000.1779 H
24. U 1999.255 H,
25. U 1999.1020 Ø
26. U 1994.659 V
27. U 1983.866/2 H
28. U 1983.714/2 H
29. U 1974.967/2 Ø
30. U 1970.195 V
31. U 1933.639 H
32. U 1932.964 V
33. Sø-og handelsrettens dom af 23.september 2009 i sag H-57-04
34. FED 2018.20
35. FED 2012.8 Ø
36. FED 2011.114 ØC-5ED 2008.20 Ø
37. FED 2004.554 Ø
38. FED 1999.2531
39. FED 1999.1020 Ø

Kilder

Udtalelser fra kommissionen:

40. SWD(2018) 137 final – Liability for emerging digital technologies
41. COM(2020) 65 final - White paper on artificial intelligence – A European approach to excellence and trust
42. COM(2018) 237 final - communication from the commission to the European parliament, the European council, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions on artificial intelligence for Europe

43. COM(2016) 787 final - Redning af liv: forbedret sikkerhed i biler i EU

Andre udtalelser fra EU:

44. Den uafhængige ekspertgruppe på højt niveau om kunstig intelligens, etableret af Europa-kommissionen i juni 2018, ”etiske retningslinjer for pålidelig kunstig intelligens”
45. European Parliament Resolution with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))

Juridiske bøger:

46. Almindelig kontraksret af Hans Viggo Godsk Pedersen og Anders Ørgaard, 5. udgave, 1 oplag, 2015
47. Erstatningsretlige grænseområder, Vibeke Ulfbeck, 2. udgave. 1. oplag, 2010
48. EU-retten af Karsten Ensigt Sørensen m.fl., 6. udgave, 2014
49. Henry Ussing, ”Skyld og skade - bør erstatningspligt uden for kontraktforhold være betinget af culpa?”, 1914
50. Juridisk grundbog, W.E. von Eyben, 5. Udgave, 1. oplag, 1. bind, 1991
51. Lærebog I erstatningsret af Bo von Eyben og Helle Isager, 8. udgave, 1. oplag, 2015
52. Om adækvanslæren i erstatningsretten, Andreas Bloch Ehlers, 1. udgave, 1. oplag, 2011
53. Retskilderne og den juridiske metode, Jens Evald, 2. udgave, 2000
54. Retsvidenskab, Carsten Munk-Hansen, 1. udgave, 1. oplag, 2014

Juridiske artikler:

55. ET.2019.2, Ansvar for skader forvoldt af autonome robotter af Steffen Hebsgaard Muff og Simon Petersen

Øvrige kilder

56. 10 imperatives for Europe in the age of AI and automation, McKinsey, 2017

57. https://www.tesla.com/da_DK/autopilot
58. Industrial Strategy "Building a Britain fit for the future", november 2017
59. NATIONAL TRANSPORTATION SAFETY BOARD Accident Report, NTSB/HAR-17/02 PB2017-102600, Collision between a Car Operating with Automated Vehicle Control Systems and a Tractor-Semitrailer Truck Williston, FL May 7, 2016.
60. Robot Rules af Jacob Turner, 2019.