

Erstatningsansvar for brukere av kunstig intelligens

Professor dr. juris Anne Marie Frøseth

Biografi: Forfatteren er ansatt ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, og arbeider der med erstatningsrett og strafferett som sine hovedområder. Hun tok doktorgrad med avhandlingen Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten i 2008, og har siden publisert en rekke arbeider innenfor fagfeltet. De siste årene har forfatteren også spesialisert seg på områder med særlig tilknytning til EU-retten, blant annet diskrimineringsansvar og regulering av kunstig intelligens. E-post: anne.froseth@uib.no

Sammendrag:

Kunstig intelligens omfatter mange typer algoritmer og et stort mangfold av bruksområder. Teknologien har likevel enkelte fellestrekk, som antas å gi en utfordrende bevissituasjon for skadelidte, særlig i tilfeller der ansvarsgrunnlaget er basert på skyld.

EU frykter rettslig fragmentering som hindrer salg og innovasjon, og har derfor fremsatt en rekke forslag til revisjoner og nytt lovverk for harmonisering av produktsikkerhetskrav og sanksjoner. Et element i sanksjonsregimet er forslag til særskilt regulering av brukerens ansvar, og en tilpasning av det eksisterende produktansvarsregimet.

I artikkelen diskuteres grunntrekkene i to forslag fra henholdsvis EU-parlamentet og EU-kommisjonen om ansvar for brukerne. Forfatteren gjør en kritisk analyse av innholdet i de to forslagene holdt opp mot forslag til endringer i produktansvarsdirektivet. Et overordnet spørsmål er hvilke forskjeller forslagene vil innebære for person- og tingskader sammenlignet med alminnelige norske regler om skyldansvar og ulovfestet objektivt ansvar. En sentral problemstilling er videre i hvilken utstrekning den norske skyldregelen egentlig kommer til kort, og om skadelidte vil kunne få et bedre vern etter det norske ulovfestede ansvaret enn etter et objektivt ansvar tilsvarende EU-parlamentets modell. Forfatteren mener særlig EU-kommisjonens forslag i liten grad avhjelper situasjonen for skadelidte i den form det ble presentert i 2022.

Nøkkelord: kunstig intelligens, skyldansvar, ulovfestet objektivt ansvar, produktsikkerhetsregulering, beviskrav, årsakspresumsjon, skyldpresumsjon, produktansvar

1. Overordnet ramme for fremstillingen

1.1 Introduksjon¹

Produkter basert på algoritmer,² som simulerer eller på spesifikke områder overgår menneskelig kognisjon, får stadig nye bruksområder. Slik teknologi blir gjerne kalt kunstig intelligens. Produkter (KI-systemer) som skapes av teknologien, kan produsere tekst, grafikk,

¹ Takk til Førsteamanuensis dr. juris Knut Tande, professor ph.d. Magne Strandberg og dr.ing. Anders Frøseth for nyttige diskusjoner og innspill under arbeidet med temaet. Siden forfatteren er en av redaktørene i tidsskriftet, har denne artikkelen blitt vurdert av den andre redaktøren, Trine-Lise Wilhelmsen. Artikkelen har gjennomgått dobbelblind fagfelleevaluering, hvor verken fagfelle eller forfatter gjøres kjent med den andres identitet.

² En algoritme er en digital problemløsningsmetode som kombinerer informatikk med robuste datasett, se https://snl.no/kunstig_intelligens (sist lest 5. april).

musikk og informasjon i form av fakta, prognoser eller anbefalinger. Teknologien kan videre brukes til objektgjenkjenning, styre fysiske prosesser og kommunisere med brukere. Det er antatt at kunstig intelligens på sikt kan overta stadig flere oppgaver fra mennesker, slik som styringen av biler og båter. Teknologien brukes imidlertid også til å utføre oppgaver mennesker ikke er i stand til, slik som klassifisering og selektering av en enorm mengde data, med stor hastighet.

Det foregår en intens debatt i USA og Europa om teknologiens potensielle farer. Det er likevel få eksempler på kunstig intelligens til allmenn bruk med stort skadepotensial. Finansnæringen var tidlig ute med utstrakt bruk av KI-systemer.³ Autonome skip er under utprøving i norske farvann, og selvkjørende biler kan lovlig testes på alminnelige ferdselsveier.⁴ Det finnes en rekke prosjekter med lovende resultater innen medisin, og kunstig intelligens har i flere år vært til utprøving som beslutningsstøtte for diagnostisering og behandling i medisinske virksomheter.⁵

Mangfoldet er stort, men teknologien har likevel visse funksjonelle særtrekk til felles. Det særegne knytter seg i første rekke til risikoen for uforutsigbare atferdsmønstre. Selvlæringsprosessen og beslutningene i enkelte algoritmer er vanskelige å årsaksforklare og derfor å kontrollere. Dette medfører en viss usikkerhet med hensyn til *om* og *hvordan* teknologien kan slå ut i skade.

De nevnte forhold har gitt opphav til forslag om overnasjonal regulering av KI-systemer, som særlig legger vekt på algoritmers autonomi. EU-organene har foreslått egen produktsikkerhetsklassifisering og tekniske krav til høyrisikoprodukter, samt særskilte forpliktelser til å ivareta sikkerheten ved høyrisikosystemer for tilbydere og profesjonelle brukere. EU-parlamentet og EU-kommisjonen har sågar gått til det uvanlige skritt å foreslå et eget generelt ansvarsregime for brukerne.

Per i dag foreligger to forslag til alternative ansvarsreguleringer for brukerne: et fra EU-parlamentet 20. oktober 2020,⁶ og EU-kommisjonens forslag fra den 28. september 2022 (AI-

³ P.D. Yoo, M.H. Kim og T. Jan, «Machine learning techniques and use of event information for stock market prediction: A survey and evaluation», 2005, 835-841, særlig punkt 1.1 <https://ro.uow.edu.au/commpapers/2814>
M.A. Desai, «What the Finance Industry Tells Us About the Future of AI», Harvard Business Review 9. august 2023. <https://hbr.org/2023/08/what-the-finance-industry-tells-us-about-the-future-of-ai>

⁴ Se blant annet de konkrete prosjektene omtalt i T. Solvang og A.M. Westgård, «Fremtidig skade ved førerløse biler og skip», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* 2021, s. 58–64 på s. 58, og SINTEF, Gjennombrudd for autonome skip, <https://www.sintef.no/siste-nytt/2023/gjennombrudd-for-autonome-skip/>. Se videre lov av 15. desember 2017 om utprøving av selvkjørende kjøretøy i vanlig trafikk, og forskrift av 19. desember 2017 om utprøving av selvkjørende motorvogn.

⁵ Se bl.a. C.J. Haug og J.M. Drazen, «Artificial Intelligence and Machine Learning in Clinical Medicine», *The New England Journal of Medicine*, March 30, 2023: <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/NEJMra2302038>, og M.K. Hauglid og T. Mahler, «Doctor Chatbot: The EU's Regulatory Prescription for Generative Medical AI», *Oslo Law Review*, 30. juni 2023, med videre henvisninger. Et fullautonomt KI-system – *iDx-DR* – som har til hensikt å erstatte spesialister i diagnostiseringen av Diabetic retinopathy er også godkjent i USA, se W. Nicholson Price og I. G. Cohen, «Locating Liability for Medical AI», 21. juli 2023, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4517740, s. 5.

⁶ European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)). P9_TA(2020)0276.

ansvarsdirektivet).⁷ Hovedgrepet i forslagene er forskjellig, men enkelte utgangspunkter er de samme. Et felles utgangspunkt er en åpenhet for objektivt ansvar for brukere. Det er likevel grunn til å tro at mindre ytterliggående løsninger blir prioritert i første omgang, dersom EU-organene velger å gå videre med et eller deler av forslagene. Da kommisjonen la frem AI-ansvarsdirektivet i 2022, ble det presentert som del av en større pakke av KI-ansvarsregulering. Et forslag til totalrevisjon av produktansvarsdirektivet ble fremlagt samme dag.⁸ Enkelte forslag til endringer i produktansvarsdirektivet har innflytelse på rekkevidden av et fremtidig ansvarsregime for brukerne. Enkelte endringer i produktansvarsdirektivet skal derfor også diskuteres her.

EU er først og fremst bekymret for rettslig fragmentering i Europa, og ulik beskyttelse av skadelidtes interesser i forskjellige land. Implementering av teknologien har et uvanlig stort antall berørte, og for EUs grunnleggende formål er rettsusikkerheten et problem i seg selv. Usikre ansvarsregler hindrer kostnadseffektiv forsikring, som igjen øker utgiftene til utvikling og bruk. Et sentralt mål er å sikre tillit til produktutviklingen i Europa.

EUs overordnede formål og ulike nasjonale tradisjoner preger veivalgene i foreslåtte ansvarsmodeller. Deliktsansvaret i Europa har grunnleggende forskjeller, men noen felles utgangspunkter. Skyldregelen er for alle land det mest fremtredende ansvarsprinsippet, og gir kompensasjon for de fleste typer interesser. Grunnelementene i ansvarsvurderingen er også stort sett de samme, men vurderingene som gjøres av domstolene i praksis, er gjennomgående svært saksspesifikke.⁹ Tilgangen til objektivt ansvar er på den andre siden svært forskjellig, og virkeområdet er ofte sektorielt bestemt, eller relatert til en bestemt type risikokilde, i begge tilfeller med begrensede muligheter for videreutvikling av reglene i domstolene.¹⁰ Som supplerende ansvarsgrunnlag gir ansvarsformen slik sett liten fleksibilitet.

Lovverket på EU-nivået er per i dag uferdig, og en eventuell endelig ansvarsregulering kan først ventes vedtatt om ett til to år. Uavhengig av hva som blir vedtatt, er det interessant å analysere norske ansvarsregler i lys av EU-modellenes valg og premisser. Norge vil måtte forholde seg til EUs helhetlige reguleringspakke på sikt, og det er grunn til å tro at en eventuell fremtidig ansvarsregulering, enten man velger et generelt regime for KI-systemer eller løsninger som tilpasses spesifikke sektorer, vil forholde seg til enkelte grunnpremisser i foreslåtte ansvarsmodeller. I teorien kan en ansvarsregulering i fremtiden favne svært bredt og føre til særregulering med inngripende konsekvenser for eksisterende norske regler.

I denne artikkelen er det den alminnelige skyldregelens forhold til EU-reglene som skal undersøkes. Arbeidsgiveransvaret etter skadeserstatningsloven (skl.) skal også behandles i den grad regelen berøres av forslagene til brukeransvarsregler. EU-parlamentets forslag til objektivt ansvar skal videre drøftes i relasjon til den ulovfestede regelen i norsk rett. Norsk sektoriell regulering av ansvaret vil stort sett bli utelatt. Det vil likevel bli gitt enkelte

⁷ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) 28.9.2022 COM (2022) 496 final.

⁸ Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, 28.9.2022 COM (2022) 495 final.

⁹ C. van Dam, *European Tort Law*, 2013, s. 136–139, samt s. 134 og 278.

¹⁰ B.A. Koch og H. Koziol, *Unification of Tort law: Strict Liability*, 2002, s. 395–407.

eksempler som faller inn under motorvognansvaret og pasientskadeloven i drøftelser av enkelte allmenne problemstillinger.

Kunstig intelligens kan i teorien forårsake ulike typer tap, først og fremst avhengig av bruksområdet. Ettersom formuestap kan tenkes å fordra særskilte erstatningsrettslige vurderinger, vil de fleste drøftelsene knytte seg til fysisk skade på person og ting. En del spørsmål og poenger er likevel knyttet til fellestrekk i alminnelige ansvarsvurderinger. Skadesituasjoner som fører til formuestap, skal derfor brukes i enkelte eksempler. Det sentrale for EU-forslagene er skade i form av integritetskrenkelser samt skade på grunnleggende rettigheter.¹¹ Skade på grunnleggende rettigheter skal ikke behandles her.

Selv om utbredelse av autonome algoritmer i stort omfang ligger langt frem i tid, har enkelte forfattere ment at ansvarsdiskusjoner bør skille mellom situasjoner der et system er ment å fungere helt autonomt, situasjoner der systemet forutsetter en viss interaksjon med mennesker, og situasjoner der skade oppstår på grunn av samvirke mellom flere autonome systemer.¹²

Det skal ikke foretas noe skarpt skille mellom disse tilfellene i den videre fremstillingen. Samvirke mellom autonome systemer vil ikke bli berørt. Hovedvekten vil bli lagt på systemer som forutsetter samvirke med mennesker, fordi denne typen systemer skaper de mest praktiske skadesituasjonene for de alminnelige erstatningsreglene i dag.

1.2 Artikkelens hovedpunkter

I det følgende skal det først gis en nærmere beskrivelse av de teknologiske særtrekk som knytter seg til kunstig intelligens, og som har begrunnet EUs særregulering av feltet, se punkt 1.3. I punkt 1.4 skal det så gis en presentasjon av grunntrekk i EU-organenes forslag til brukeransvar og de hovedproblemstillinger de reiser, som er gjennomgående i artikkelen. Det følger videre en kritisk analyse av innholdet i forslagene og hvordan de forholder seg til norsk rett, i punkt 2. Utfordringer knyttet til anvendelse av den alminnelige skyldregelen der skaden forårsakes ved kunstig intelligens, blir drøftet i punkt 3. Det skal deretter diskuteres i hvilken grad EU-forslagene avhjelper de påviste utfordringene. I punkt 4 følger til slutt en analyse av EU-parlamentets forslag til en objektiv ansvarsmodell, og spørsmålet om hvilke grunntrekk den har til felles med den norske ulovfestede ansvarsmodellen. Et sentralt spørsmål er herunder om den norske ansvarsmodellen i prinsippet har et mer omfattende anvendelsesområde enn EU-modellen. Artikkelen avsluttes i punkt 5 med enkelte

¹¹ I foralen i avsnitt 28 til den foreslåtte Artificial Intelligence Act angis de relevante grunnleggende rettigheter som rettigheter beskyttet av EUs charter om grunnleggende rettigheter: retten til menneskelig verdighet, respekt for privatliv/familieliv og personopplysninger, beskyttelse mot forskjellsbehandling, kjønnslikes tilling, ytringsfriheten, informasjonsfriheten og forsamlingsfriheten, samt ivaretagelse av rettferdig rettergang og uskyldspresumsjonen og generelle prinsipper for god forvaltningsskikk. Det skal også tas hensyn til barnekonvensjonen, og en grunnleggende rett til høyt beskyttelsesnivå mot miljøskade, som også inkluderer menneskers sikkerhet og helse. Se Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union Legislative Acts COM (2021) 206 final.

¹² M. Strand, «Skadeståndslagen och AI-tekniken», i J. Camberlaine, S. Hellborg, S. Hovi, D. Johansson og K. Stenlund (red.), *Skadeståndslagen 50 år, 2022*, s. 275 flg.

overordnede observasjoner knyttet EU-regelverkets dekningsområde og hensiktsmessighet sett i lys av den teknologiske utviklingen.

1.3 Særtrekk ved algoritmenes risikoprofil

Kunstig intelligens er et vidt begrep. Teknologien forekommer i et stort antall algoritmiske kombinasjoner, og skadepotensialet vil avhenge av data, styringssystemer eller gjenstander med tilhørende sensorer mv. som algoritmen integreres i. Enkelte risikofaktorer er likevel felles, og disse har vært sentrale for EUs produktsikkerhetsregulering og ansvarsmodeller: algoritmenes kompleksitet, uforutsigbarhet og sammenkobling med eksterne systemer.¹³ Dette innebærer at enkelte av algoritmenes prosesser ikke uten videre kan forutsies, forklares og kontrolleres.

Problemene skyldes særlig måten enkelte algoritmer fungerer på, og algoritmens avhengighet av forhåndsdefinerte kontekster.

Algoritmens autonomi er skapt under selvlæring/maskinlæring. Algoritmene kan trenes opp til å kategorisere og bearbeide informasjon med en viss grad av selvstendighet.¹⁴ Algoritmene er gjerne sammensatt i en arkitektur av nevralt nettverk for å øke evnen til å selektere og prosessere en enorm mengde signaler. Basert på parametere som er tillært, kan algoritmen respondere selvstendig og umiddelbart på ny informasjonen. Algoritmen settes slik sett i stand til å analysere omgivelsene og utføre oppgaver med bestemte mål.¹⁵

A. Abilgaard, E. Hopp, T. Sakinis, H. Roterud, A. Bjørnerud, M. Beyer og H.-J. Smith forklarer det på denne måten ved bruk i radiologisk diagnostisering:¹⁶

«En radiolog som vurderer en levertumor på CT-bilder, vil vurdere tumorstørrelse, form avgrensning, vekstmønster, kontrastoppladningsmønster og så videre. Dette er kjente og kommuniserbare tumoregenskaper som kan vurderes ut fra faglig kunnskap. Nevrale nettverk i radiologi analyserer ikke forhåndsdefinerte egenskaper, de finner selv frem til et hierarki av bildeegenskaper som er relevante for klassifikasjon. Disse egenskapene er logiske og matematiske strukturer som håndteres i mange millioner regneoperasjoner. Derfor får vi ikke full oversikt over hvordan diagnostikken gjøres. Nettverket fungerer som en svart boks som mottar bildeinformasjon og leverer en diagnose, men vi vet ikke hvordan.»

¹³ Se European Commission White Paper – On artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust 19.2.2020 (2020) 65 final, s. 12, og Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) 28.9.2022 COM (2022) 496 final, innledende bemerkninger s. 1. Det er antatt at sammenkoblingen med andre digitale systemer øker risikoen ved de øvrige risikofaktorene som er særegne for kunstig intelligens.

¹⁴ Slik også, G. Wagner, «Liability for Artificial Intelligence – A proposal of The European Parliament» i *Law by Algorithm*, 2022, s. 127 flg., og G. Wagner, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels effect», *Journal of European Tort Law*, 2023, s. 191 flg. <https://doi.org/10.1515/jetl-2022-0012> C.

¹⁵ Se, B. Schütte og L. Majewski, «Private Liability for AI-Related Harm: Towards More Predictable Rules for the Single Market», *Marked and Competition Law Review* nr. 1, 2022, s. 123 flg. på s. 124.

¹⁶ «Vil radiologer bli erstattet av kunstig intelligens?», *Tidsskrift for Den norske legeforening* (utg.17) 30. oktober 2018, doi: 10.4045/tidsskr.18.0587 under punktet «Den svarte boksen».

Selvlæringsprosessen går altså ut på at algoritmen omstiller seg basert på tilført informasjon. Den logiske strukturen endres ved læring for å optimalisere treffsikkerheten.¹⁷ Hva som faktisk blir endret, og under hvilke forhold det vil få konsekvenser, er vanskelig å etterprøve eller å forutsi. Dette gjelder selv om algoritmen blir grundig testet. En særegen skaderisiko blir dermed algoritmens evne til å ta umiddelbare beslutninger uten menneskelig instruksjon. Disse egenskapene sammenfaller med EU-parlamentets definisjon av algoritmisk autonomi i forslaget til brukeransvar, se foreslått tekst til forordning art. 3 (b).

De nevnte særtrekkene preger EU-organenes definisjon av KI-teknologi som ansvarsreguleringen skal gjelde, der særlig autonomi er karakteren som skiller KI-systemer fra digitale systemer i stort. EU-parlamentet forbeholder virkeområdet for brukeransvaret til systemer som opererer med en viss grad av autonomi, jf. art. 3 (a). Det samme gjelder definisjonen i EUs offentligrettslige produktkontrolllovgivning (Artificial Intelligence Act – **AIA**) for KI-systemer art. 3 (1), slik den er reformulert etter Parlamentets endringer.¹⁸ I utkastet fra 14. juni 2023 gjelder den «maskinbaserte systemer som er designet for å operere med varierende nivåer av autonomi, og som kan, for eksplisitte eller implisitte mål, generere resultater som antakelser, anbefalinger, eller avgjørelser, som har innflytelse på fysiske eller virtuelle miljø». ¹⁹ Definisjonen vil bli den samme i EU-kommisjonens AI-ansvarsdirektiv, dersom henvisningen til AIA blir beholdt, se art. 2, nr. 1.

En ytterligere risikofaktor ved selvlærende algoritmer er deres avhengighet av forhåndsdefinerte kontekster. Dette aspektet er kun underforstått i EU-organenes reguleringer. Dagens teknologi er svært langt fra å kunne treffe komplekse beslutninger på linje med mennesker. Teknologien mangler ekvivalenter til menneskelig fornuft, intuisjon og situasjonsforståelse.²⁰ Evnen til å løse oppgaver ved maskinlæring er begrenset til analogisering og sannsynlighetsberegning fra et enormt tilfang av eksempler.²¹ Algoritmen kan programmeres til å følge regler, men kan ikke overføre den overordnede meningen bak reglene/symbolene til nye situasjoner. Selv med støtte fra svært store datasett vil naturlige

¹⁷ H. Zech, «Liability for Autonomous Systems: Tackling Specific Risks of Modern IT», i S. Lohsse, R. Schulze og D. Sautenmayer (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, 2018, s. 187 flg. på s. 189.

¹⁸ Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html. Tilføyelse nr. 165.

¹⁹ I AIA bilag I er de relevante metodene nærmere spesifisert:

(a) Machine learning approaches, including supervised, unsupervised and reinforcement learning, using a wide variety of methods including deep learning;

(b) Logic- and knowledge-based approaches, including knowledge representation, inductive (logic) programming, knowledge bases, inference and deductive engines, (symbolic) reasoning and expert systems;

(c) Statistical approaches, Bayesian estimation, search and optimization methods.

Ifølge fortalen avsnitt 6a i Parlamentets versjon av 14. juni 2023 kan metodene nevnt i bokstav b og c særlig medføre risiko som ikke er tilstrekkelig regulert, dersom de benyttes i kombinasjon med maskinlæring, såkalte hybridssystemer.

²⁰ H. Eidenmüller, «The Rise of Robots and the Law of Humans», i H. Eidenmüller og G. Wagner, *Law by Algorithm*, 2021, s. 7 flg. på s. 17, kaller disse begrensningene «situation-specific «know how» and common sense».

²¹ Dette i motsetning til algoritmer som er regelstyrt, der fasiten for de beslutninger som skal tas i forskjellige kontekster, er gitt.

omgivelser kunne ha for stor kompleksitet. Dette kan for eksempel føre til at en terapeutisk robot feiltolker mennesket, med påfølgende skade. En annen årsak kan være mangel på relevante treningsbilder. En ytterligere usikkerhet er knyttet til om datagrunnlaget har tilstrekkelig variasjon. Algoritmen i roboten kan være trent på en annen gruppe mennesker. En ideell minimering av risiko vil kreve enorme mengder med tid, ressurser og maskinkapasitet.

Systemets uforutsigbarhet kan i noen grad kontrolleres, i praksis først og fremst gjennom tiltak fra produsenten. De fleste systemer har mekanismer for selvregulering og overvåkning, og sikres ytterligere gjennom kontinuerlig oppdatering. Kontrollsystemer og design setter slik sett sentrale premisser for brukerens rolle, og er gjennom tekniske krav til høyrisikosystemer i AIA en vesentlig del av sikkerhetsmekanismen mot skade. Svikt i kontrollsystemer og brukervennlighet kan anses som defekter ved produkter, særlig dersom disse skyldes manglende ivaretagelse av tekniske sikkerhetskrav.²² Sikkerhetsmanglene vil kunne dekkes av produktansvaret, og ansvaret kanaliseres derigjennom til produsent og forhandler.²³

Enkelte skadeutslag vil likevel ha andre årsaker enn sikkerhetsmangler. En viss utviklingsrisiko og uforutsigbarhet vil eksistere selv om EU-reguleringen bygger på et grunnprinsipp om menneskelig overvåkning.²⁴ En del brukergrupper vil derfor i begrenset grad ha mulighet til å redusere den generelle risikoen for skade ved hensiktsmessige tiltak. Dette kan skape utfordringer knyttet til grunnforutsetninger for den ulovfestede skyldregelen. Regelen forutsetter at brukeren kan handle annerledes og gripe inn for å unngå skade. For visse handlepåplikter innebærer det kunnskap om konkret risiko og antakelser bygget på erfaringsbasert påregnelighet. I dag er det lite allmenn kunnskap om KI-systemenes konkrete risikopotensial på ulike bruksområder. I noen situasjoner kan algoritmenes autonomi derfor tenkes å utelukke skyldansvaret. Dersom risikoen ved KI-systemer kan reduseres til et akseptabelt nivå ved generelle risikoreducerende tiltak, bør man uansett unngå å stille så strenge krav til overvåkning og inngripen at det er tale om idealkrav og i praksis et objektivt ansvar.²⁵

All produktutvikling med samfunnsnytte må ha en kostnadsbegrensning. Risiko på grunn av uforutsigbarhet vil i uoverskuelig tid måtte påregnes. En viss risiko på grunn av slike årsaker vil derfor være unngåelig, og vil kunne føre til skade selv om kontrollsystemene er gode. Et spørsmål er like fullt om brukeren som har skapt risikoen for omgivelsene, må ta ansvaret for den generelle uforutsigbarheten knyttet til teknologien. Ansvar for brukeren vil i så fall forutsette et objektivt ansvar.

²² Proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on liability for defective products, 28.9.2022 COM (2022) 495 final art. 6, nr. 1, bokstav f.

²³ Per i dag er det uklart om produktansvarsloven og produktansvarsdirektivet omfatter alle digitale produkter, slik som integrerte digitale tjenester. I det nye forslaget fra EU-kommisjonen om en totalrevisjon av produktansvarsdirektivet, som ble fremmet 28. september 2022, er de fleste digitale AI-tjenester nå forsøkt omfattet. Rene informasjonstjenester, eksempelvis den kjente ChatGPT, er ikke ment å omfattes av forslaget til revisjon.

²⁴ I AIA (EU-parlamentets forslag) art. 4a gis følgende definisjon: « '(h)uman agency and oversight' means that AI systems shall be developed and used as a tool that serves people, respects human dignity and personal autonomy, and that is functioning in a way that can be appropriately controlled and overseen by humans. »

²⁵ På enkelte områder antas det riktignok at bruken av kunstig intelligens på sikt vil redusere skaderisikoen sammenlignet med den feilfrekvensen som også må forventes av mennesker.

1.4 Bakgrunn og perspektiv: grunntrekk i de foreslåtte brukeransvarsreguleringene fra EU-organene

Den eksklusive forslagsretten til ny lovgivning i EU er tillagt EU-kommisjonen, jf. Traktaten om Den europeiske union (TEU) art. 17, nr. 2.²⁶ Det var derfor overraskende da EU-parlamentet var først ute i 2020 og foreslo en forordning om brukeransvar.²⁷ Det sentrale i Parlamentets forslag er et rent objektivi ansvar for høyrisikoprodukter. Ansvaret skal etter forslaget kombineres med en tvungen forsikring. For alle øvrige produkter, kalt normalrisiko, skal skyldansvaret gjelde. Skyldregelen er likevel tilsynelatende skjerpet. Ifølge Parlamentets fortale formuleres en skyldpresumsjon, jf. avsnitt 17. Rekkevidden av presumsjonen kan likevel diskuteres. Brukeren kan ved nærmere angitte grunner befri seg fra ansvar. Innholdet i vurderingen ligger tett opptil en altomfattende skyldvurdering.

EU-parlamentets forslag er ikke fulgt opp av EU-kommisjonen, som heller valgte det prosessrettslige sporet i 2022 (AI-ansvarsdirektivet). I forslaget til AI-ansvarsdirektiv kobles ansvarsreguleringens virkeområde til definisjoner og produktklassifisering i den foreslåtte AIA. I kommisjonens forslag er utgangspunktet det nasjonale skyldansvaret. Direktivforslaget inneholder regler om bevisstilling, og en skyldpresumsjon i situasjoner der informasjon etter pålegg ikke fremlegges.²⁸ Kommisjonen foreslår også en generell årsakspresumsjon, som først og fremst letter bevisbyrden for årsaksforbindelsen mellom brudd på lovfestede sikkerhetsregler og feil i KI-systemet. EU-kommisjonen utelukker ikke objektivi ansvar, men mener ansvarsformen i dag er for inngripende. Prosessreglene skal derfor evalueres etter 7 år, og EU-kommisjonen holder åpent for et objektivi ansvar etter EU-parlamentets modell.²⁹

EU-parlamentet og -kommisjonen forbeholder altså ansvarskjerpelsene stort sett til brukere av *høyrisikoprodukter*. Høyrisikoprodukter skal i tillegg undergis særlige godkjenningsordninger og sikkerhetskrav. I EU-kommisjonens White Paper³⁰ og EU-parlamentets resolusjon on Civil Liability³¹ trekkes risikoens art, grad og nærhet frem som grunntanken bak kategoriseringen. I EU-kommisjonens og EU-parlamentets forslag til AIA avgrenses en vurdering av skadeevnen til integritetskrenkelser, grunnleggende rettigheter og miljøskade. Forordningen bygger på en produktklassifisering i 4 trinn – uakseptabel risiko, høyrisiko, produkter der risikoen kun er begrenset, og produkter uten risiko. Forordningen ble fremmet av kommisjonen i april 2021. Forslaget gjennomgikk vesentlige endringer ved Parlamentets vedtak 14. juni 2023, og er ventet å være fremforhandlet i endelig form rundt årsskiftet 2023/2024.

²⁶ H.H. Fredriksen og G. Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, 2022, s. 180.

²⁷ European Parliament resolution of 20 October 2020 with recommendations to the Commission on a civil liability regime for artificial intelligence (2020/2014(INL)). P9_TA(2020)0276.

²⁸ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) 28.9.2022 COM (2022) 496 final art. 3.

²⁹ Fortalen avsnitt 31, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) 28.9.2022 COM (2022) 496 final.

³⁰ White Paper on Artificial Intelligence: a European approach to excellence and trust, 20 February 2020 s. 17.

³¹ European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)).

Begge forslag til lovgivning er sterkt kritisert,³² og EU-parlamentet har betydelig innflytelse på innholdet i AI-ansvarsdirektivet i sin behandling av forslaget i lovgivningsprosessen.³³ EU-kommisjonens ansvarsdirektiv vil videre bli gjenstand for ytterligere forhandlinger mellom Kommisjonen, Parlamentet og Ministerrådet etter Parlamentets innspill til AI-ansvarsdirektivet, jf. Traktaten om Den europeiske unions virkeområde (TEUV) art. 294. EU-kommisjonen kan imidlertid velge å trekke sitt eget forslag, og slik sett ha avgjørende innflytelse på den videre rettsutviklingen.³⁴

Betydningen av en forhåndsbestemt risikoklassifisering i AIA blir imidlertid sannsynligvis stående i eventuelle senere brukeransvarsdirektiver. Høyrisikosystemene skal oppdateres i bestemte tidsintervaller av Kommisjonen.³⁵ Klassifiseringen vil i så fall få avgjørende betydning som innslagspunkt for et styrket erstatningsrettslig vern. Dersom høyrisikodefinsjonen også blir avgjørende for om det foreligger et objektivt ansvar, vil det være typen risikokilde som avgjør ansvaret, og ikke den individuelle skadesituasjonen der skaden skjer.

Hensynene bak EU-initiativene er mangefasettert og avviker som nevnt på flere punkt fra balanseringen av interesser i nasjonale erstatningsregler. EUs hovedagenda er fri flyt av varer og tjenester og tilretteleggelse for innovasjon i Europa. EUs agenda kan forklare viktige begrensninger for virkeområdet for det objektive ansvaret i EU-parlamentets forslag. Det samme gjelder de mange begrensningene som gjelder for de prosessrettslige virkemidlene i Kommisjonens AI-ansvarsdirektiv.

Forslaget fra EU-parlamentet kan på flere punkter tolkes som et krav om fullharmonisering,³⁶ men slik at det også *begrenser* bidraget fra de overnasjonale reglene til et sterkere erstatningsrettslig vern, se nærmere nedenfor i punkt 2.1.2. Forslaget begrenser objektivt ansvar til forhåndsdefinerte høyrisikosystemer, og denne klassifiseringen kan ikke fravikes av nasjonal lovgiver og nasjonale domstoler. Tilsvarende er det betydelige unntak for skyldpresumsjonen i saker som gjelder normalrisikosystemer, se punkt 2.1.3. EU-kommisjonens prosessuelle virkemidler i AI-ansvarsdirektivet er sterkt begrenset med lignende grep, se nærmere nedenfor i punkt 2.2.4 og 2.2.5. Brukeren kan i stor grad beholde bevisbyrden hos skadelidte, så lenge dokumenterbare sikkerhetsprosedyrer er fulgt. Det vesentlige for den påstått ansvarlige vil følgelig være å fremlegge nok informasjon.

I EU-organenes forslag er *brukeren* det sentrale ansvarssubjektet. Bildet blir likevel større ved nærmere ettersyn i lovverkets brukerdefinisjoner. Det er uklart hvor skillet går mellom produsent/forhandler, bruker og eier. I flere situasjoner gjelder brukeransvarsreguleringen

³² Se for eksempel, G. Wagner, «Liability for Artificial Intelligence – A proposal of The European Parliament» i *Law by Algorithm*, 2021, s. 127 flg., G. Wagner, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels effect», *Journal of European Tort Law*, 2022, s. 191 flg., og Wendehorst, «Strict Liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law*, 2020, s. 150 flg., særlig punkt B.1. <https://doi.org/10.1515/jetl-2020-0140>.

³³ H.H. Fredriksen og G. Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, 2022, s. 174–176.

³⁴ H.H. Fredriksen og G. Mathisen, *EØS-rett*, 4. utgave, 2022, s. 181.

³⁵ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html art. 7.

³⁶ Dette på tross av uttalelser i fortalen som gir uttrykk for det motsatte, se avsnitt 17.

også forhandler og produsent, og et spørsmål er derfor om målet for EU-organene til syvende og sist er å gjøre produktansvaret mer omfattende og strengere.

Det kan stilles spørsmål ved om en særregulering av brukerens ansvar er nødvendig. For det første kan det diskuteres om den allmenne skyldregelen egentlig kommer til kort når det også innføres omfattende produktsikkerhetsregulering. Den foreslåtte AIA vil påvirke tillatt risiko og risikonivået på KI-produkter. Det samme gjelder internasjonale sikkerhetsstandarder, som ifølge fortalen i AIA avsnitt 81 skal regulere sikkerheten til andre produkter enn høyrisikosystemer.³⁷ I lys av den betydning slike krav vil få i nasjonale skyldregler, herunder aktsomhetsstandarder for brukergrupper og bruksområder, kan det sås tvil om en skyldpresumsjon med omfattende tilbakevisningsgrunner, slik som i Parlamentets forslag, egentlig vil bidra til et sterkere erstatningsrettslig vern. I tillegg kommer revisjonen av produktansvaret, der kommisjonen også foreslår en utvidelse av området for relevante ansvarssubjekter til i større grad å omfatte brukere, se forslaget art. 7 nr. 4. I noen situasjoner vil produktansvarsreguleringen dermed omfatte brukere som gjør vesentlige endringer i KI-systemet – en situasjon som ikke er helt uvanlig ved brukerens tilpasning til egen bruk av KI-systemer. Dersom det totale ansvarsregimet i praksis får størst betydning som en kanalisering til produktansvaret, ville det gitt en mer oversiktlig regulering om man i mindre komplekse former sa det rett ut.

2. Oversikt over innholdet i EU-organenes forslag

2.1 Forslaget til forordning om brukeransvar i EU-parlamentets resolusjon

2.1.1 Oversikt over forordningens innhold

EU-parlamentets prinsipielle utgangspunkt er at man i størst mulig utstrekning skal unngå å gripe inn i nasjonale regler om erstatningsansvar. Det samlede resultatet av lovteksten er likevel en nokså detaljert regulering av ansvaret for skade forårsaket av kunstig intelligens. Når det gjelder objektivt ansvar, følger det også med regler om hvilke typer tap som dekkes, og maksimumsbeløp, se forslaget art. 5 og 6. Artikkel 6 inneholder i tillegg egne utmålingsregler for personskade. En lignende, men mer utviklet, modell for beløpsbegrensning finnes også i produktansvarsdirektivet, og typen regulering er blant annet foranlediget av en generelt restriktiv tilnærming til objektivt ansvar i europeiske land. Objektive ansvarsregimer utelater ofte, som i Parlamentets forslag, dekning av rent økonomisk tap. Men for personskade er dekningsnivået i nasjonal rett ofte satt mye høyere enn i EU-parlamentets forslag.³⁸

³⁷ Dette følger også av det allmenlige produktsikkerhetsdirektivet 2001/95/EF fra 3. desember 2001 som gjelder forbrukerbeskyttelse.

³⁸ Beløpsgrenser for objektivt ansvar er først og fremst vanlig i Tyskland og Østerrike, se til dette og en oversikt over dekningsområdene i B.A. Koch og H. Koziol, *Unification of Tort law: Strict Liability*, 2002, s. 428. I denne sammenheng er det viktig å påpeke at også produktansvaret – etter det nye forslaget, unntar ikke-økonomisk tap fra dekningsområdet. Se kritikk av direktivforslagets beløpsgrenser og utmålingsregler i G. Wagner, «Liability for Artificial Intelligence – A proposal of The European Parliament», *Law by Algorithm*, 2021, s. 127 flg. på s. 148–150.

Av grunnvilkårene for erstatningsansvar er det bare reglene om årsakssammenheng som ikke berøres i direktivforslaget. Det objektive ansvaret er tilsynelatende utformet som en generalklausul, men gir likevel ikke rom for skjønsmessige vurderinger. Innfallsporten er en risikoklassifisering basert på en sektoroverskridende definisjon av høyrisikosystemer utviklet for et offentligrettslig produktsikkerhetsregime. Klassifiseringen av et høyrisikosystem skal skje med endelig virkning for erstatningsansvaret også på det nasjonale planet. Det er derfor uklart i hvilken grad regelen kan suppleres med mer omfattende nasjonale regler om objektivt ansvar. Definisjonens innhold og rekkevidde skal analyseres nedenfor i punkt 2.1.2.1, og i punkt 2.1.2.2 diskuteres det om forslaget til forordning samlet sett kan tolkes slik at EU-regelen om objektivt ansvar også skal ha forrang foran nasjonale regler om objektivt ansvar.

Etter art. 8 skal KI-systemer som anses som normal risiko reguleres av nasjonale skyldregler, men med en skyldpresumsjon. Regelen er utformet som en regel om omvendt bevisbyrde, med omfattende modifikasjoner. Regelens innhold og forhold til nasjonale regler skal diskuteres i punkt 2.1.3.

Forordningen gjelder brukerens ansvar, men brukerdefinisjonen er kompleks og svært vid. Direktivets virkeområde overlapper av den grunn i noen grad med området for produktansvarsdirektivet, og dette gjelder i enda større grad etter kommisjonens forslag til ny totalrevisjon av produktansvarsdirektivet, som ble fremlagt av kommisjonen 28. september 2022. Brukerdefinisjonen har i praksis en sentral funksjon som avgrensning for virkeområdet for det objektive ansvaret, og skal diskuteres i punkt 2.1.4. Det er først og fremst gjennom brukerdefinisjonen at man per i dag kan vurdere rekkevidden av den foreslåtte objektive ansvarsregelen i praksis.

2.1.2 Avgrensningen av det objektive ansvaret

2.1.2.1 Høyrisikosystemer

Det er kun ett vilkår i det objektive ansvarsgrunnlaget i EU-parlamentets forslag art. 4: Skaden må forårsakes av høyrisikosystemer. Parlamentets utgangspunkt er at *høyrisikosystemer* skal forhåndsdefineres i et tilhørende bilag, men et offisielt forslag til slik tekst ble aldri fremlagt sammen med initiativet.³⁹ Det er dermed åpent om et eventuelt forslag til objektivt ansvar på sikt vil følge definisjonen av høyrisiko i AIA, eller om den endelige løsningen for en brukeransvarsregulering vil bygge på mer fleksible vilkår som angir kriterier for kvalifikasjonen av høyrisikosystemer. Et første spørsmål er derfor om en skadeevnevurdering etter EU-parlamentets (foreløpige) modell er egnet som det sentrale vilkåret for et objektivt ansvar.

I forslaget legges det til grunn at høyrisikosystemer vil være autonome systemer, som har «a significant potential [...] to cause harm or damage to one or more persons in a manner that is random and goes beyond what can reasonably be expected», se art. 3c. Definisjonen suppleres med ytterligere situasjonsspesifikke vurderingskriterier: «The significance of the potential depends on the interplay between the severity of possible harm or damage, the degree of

³⁹ Se forslag til direktiv art. 4 nr. 2.

autonomy of decision-making, the likelihood that the risk materializes and the manner and the context in which the AI-system is being used.»

Kjernen i definisjonen er en tradisjonell skadeevne vurdering. Skadeevnen er et produkt av sannsynligheten for at skade vil skje, sammenholdt med skadeutfallets alvorlighetsgrad.⁴⁰ Det er imidlertid usikkert om begrepet kan fungere som noe annet enn et underliggende prinsipp for klassifisering av høyrisikosystemer. Ut fra resolusjonens uttalte prinsipper skal det objektive ansvaret gjelde uunngåelig, høy skaderisiko hovedsakelig fra KI-systemer i mobile maskiner. Hva som anses som uunngåelig, beror på «what can reasonably be expected». Vurderingen baseres på hva potensielle skadelidte, og dermed samfunnet, med rimelighet kan forvente av øvrige forebyggende tiltak. Hvordan graden av autonomi i KI-systemets operasjoner vil få konkret betydning, er foreløpig uklart. Autonomien skal i hvert fall ha betydning i skadeevnevurderingen, men ettersom en utfordring ved teknologien nettopp er at feilfrekvensen er vanskelig å forutse, er det ikke åpenbart hvilke utslag det gir i praksis.

Det kan hevdes at definisjonen av høyrisiko både er for omfattende og lite treffende som et *lovgivningsgrep* for ansvarsgrunnlaget. I sine innledende bemerkninger antyder Parlamentet at høyrisikokontekster kan tenkes på offentlige steder, der potensielle skadelidte generelt er uforberedt på systemets rolle og funksjoner, se resolusjonens innledende bemerkning nr. 11. Parlamentets egentlige forståelse av høyrisiko er imidlertid vanskelig å få grep på, ettersom de først og fremst synes å være inspirert av skadesituasjoner i kontekster som ligner motorvognansvaret. Parlamentets egne utredninger før initiativet ble publisert, viser at det har vært vanskelig å forestille seg tilsvarende situasjoner der samme skadeintensitet står på spill. I et forslag til høyrisikosystemer som ble vurdert vedlagt som bilag til forordningen, er autonome roboter og autonome rengjøringsmaskiner brukt som relevante eksempler, i tillegg til selvkjørende biler og fly.⁴¹ Konteksten til sosiale eller assisterende roboter vil som oftest bestå av profesjonelle brukere og et begrenset antall berørte i avgrensede fysiske omgivelser.

Parlamentets eksempler har påfallende likheter med forslaget til den juridiske ekspertgruppen som ble oppnevnt av EU-kommisjonen.⁴² Ekspertgruppen leverte sin rapport trekvart år før Parlamentets lovforslag, og den inneholder også forslag til objektivt ansvar, men basert på veiledende prinsipper. Gruppen hadde verken som mandat eller ambisjon å levere et direktivforslag. I sine analyser har ekspertgruppen stort sett konsentrert seg om autonome maskiner, som har sterke likhetstrekk med eksisterende, konvensjonell teknologi: autonome gressklippere, innhøstingsmaskiner, rengjøringsroboter og droner. Ekspertgruppen henter dermed sin inspirasjon fra mer banale skadesituasjoner typisk for deliktsansvaret. Dette er til dels også naturlig fordi svært mange områder for høyrisikosystemer i fremtiden blir regulert av reviderte, sektorielle ansvarsregimer. I de konkrete eksemplene er ekspertgruppen vel så opptatt av maskinens fart og tyngde som særtrekkene ved KI-systemer. Ekspertgruppen

⁴⁰ Se N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 189 flg., og V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 104.

⁴¹A. Voss, Report with recommendations to the Commission on a civil Liability regime for artificial intelligence, 27.4. 2020 (2020/2014(INL)), https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/PR/2020/09-28/1203790EN.pdf, se oversikten på s. 24.

⁴² Expert Group on Liability and New Technologies New Technologies formation, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies, 2019, DOI: 10.2838/573689.

forbeholder videre forslaget om objektivt ansvar til autonome maskiner anvendt på offentlige steder. Forskjellen mellom skadeevnen til gressklippere, rengjøringsroboter, droner og motorvogner er imidlertid betydelig. For å avgjøre skadeintensiteten kommer man heller ikke utenom formålet og omgivelsene for KI-systemet (og eventuelle gjenstander det er integrert i). Dette indikeres også i EU-parlamentets definisjon, «in the manner and in the context the system is being used», men føringene er altfor vage til å avhjelpe uklarheten som definisjonen skaper.

Helhetsinntrykket er dermed at en ren skadeevnevurdering er dårlig egnet til å gi en sterkt avgrenset og harmonisert ramme.

Det objektive ansvaret skal ikke gjelde helt uten unntak, men avgrensningen beror på en rettslig konstruksjon atskilt fra vilkår under det objektive ansvaret: *force majeure*. Innholdet i ansvarsbegrensningen er tilsynelatende selvforklarende, og synes å være en henvisning til tilsvarende størrelser i nasjonale ansvarsregimer, som blant annet Tyskland og Frankrike.⁴³ I deliktsrettslig sammenheng har *force majeure* flere likhetstrekk med årsaksbetraktninger som man i norsk rett vil henføre under selve ansvarsgrunnlaget eller adekvansreglene.⁴⁴ I flere av de land som bruker konstruksjonen, har *force majeure*-begrensningen fått et helt konkret innhold i samspill med vilkårene for ansvar på det aktuelle livsområdet.⁴⁵ Dette vil skape problemer for overføringsverdien til den overnasjonale rammen. For vårt formål kan vi konstatere de grunntrekk som *force majeure* og adekvansbegrensningen har felles: Den knytter seg til et snevert unntak for skadeutløsende, eksterne faktorer som skadevolderen ikke kunne forutsett, slik som ekstreme naturkrefter.

2.1.2.2 En regel om forrang?

Spørsmålet om det objektive ansvaret er en minimumsstandard eller maksimumsstandard, har sitt opphav i lovtekstens art. 4 nr. 5: «This Regulation shall prevail over national liability regimes in the event of conflicting strict liability classification of AI-systems.» Etter ordlyden kan dette tolkes som et forbud mot å anvende objektivt ansvar på andre KI-systemer enn dem som er klassifisert som høyrisikosystemer etter EU-reglene.

Formuleringen skaper uklarhet om intensjonen bak regelen, særlig når man ser den i lys av oppbygningen av lovteksten som helhet.

Ved første øyekast kan ordlyden leses slik at nasjonale regler om objektivt ansvar med større rekkevidde enn Parlamentets regel (ev. med tilhørende forhåndsdefinerte AI-systemer) ikke kan komme til anvendelse. Tolkningen støttes av at skyldpresumsjonen med tilhørende unntak

⁴³ Se om *force majeure* og lignende konstruksjoner i deliktsretten i England/Wales, Tyskland og Frankrike, C. van Dam, *European Tort Law*, 2013, s. 255. Se også European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, 2005, s. 126-129.

⁴⁴ Se om adekvansbetraktninger nært forbundet med vurderingene under ansvarsgrunnlagene i N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 361–362. Det finnes også eksempler på *force majeure*-lignende begrensninger i norsk lovgivning om objektivt ansvar, se atomloven § 20 nr. 2 og jembaneloven § 12 andre ledd (som gjelder lemping).

⁴⁵ Se en variant av dette synspunktet J. Knetsch, «The role of Liability without fault», i J.-S. Borghetti og S. Whittaker (eds.), *French Civil Liability in Comparative Perspective*, 2019, s. 123 flg. på s. 142.

i art. 8 skal gjelde *alle* andre systemer. Totalinntrykket er at man i utstrakt grad ønsker fullharmonisering når det gjelder ansvarsgrunnlagene i nasjonal rett. Dette får i praksis også betydning for land som har allmenne og mer fleksible regler om objektivt ansvar, og som også bygger på andre hensyn og kriterier, slik situasjonen er for Norge. Selv om man etter den norske regelen lot EUs definisjon av høyriskosystemer avgjøre selve risikovurderingen, ville man fremdeles i flere tilfeller kunne komme til andre resultater for rekkevidden av det objektive ansvaret enn det som følger av EU-regelen alene. I punkt 4 nedenfor skal forholdet mellom EU-parlamentets modell og den norske ulovfestede regelen utdypes nærmere.

2.1.2.3 Forholdet til nasjonale hybridvarianter av objektivt ansvar

Den nevnte oppbygningen av direktivteksten skaper også problemer for ansvarsgrunnlag som består av en kombinasjon av objektivt ansvar og skyld. Et spørsmål er om denne typen objektivt ansvar i nasjonal rett ikke skal gjelde for systemer som representerer normalrisiko. Et praktisk eksempel er arbeidsgiveres ansvar for arbeidstakeres bruk av KI-systemer, jf. skadeserstatningsloven § 2-1. Direktivteksten gir argumenter både for og mot, og fremstår som for vag for en rettsavklaring på dette punktet. *På den ene siden* er fullharmoniseringskravet i art. 4 nr. 5 helt bokstavelig knyttet til klassifikasjonen av høyriskosystemer, og arbeidsgiverens ansvar følger i de fleste tilfeller som en ren identifikasjon med arbeidstakerens skyld. Slik sett kan det antas at et nasjonalt, objektivt arbeidsgiveransvar fremdeles kan gjelde for annet enn høyriskosystemer. Dette forutsatt at arbeidstakernes handlinger og unnlaterelser vurderes i tråd med skyldpresumsjonen med tilhørende unntak i art. 8.

På den andre siden er det usikkert om det nasjonale arbeidsgiveransvaret i noen tilfeller går lenger enn tilbakevisningsgrunnene i skyldpresumsjonen. Tvilen skapes av tilbakevisningsgrunnen i skyldpresumsjonen i art. 8 nr. 2 bokstav a. Brukeren kan ifølge regelen fri seg fra ansvar hvis andre enn vedkommende selv har satt i gang systemet. Dette forutsatt at brukeren ikke hadde kunnskap om at systemet ble igangsatt, og at alle rimelige og nødvendige tiltak ble ivaretatt for å unngå at det skjedde. I flere land, deriblant Norge, vil arbeidsgiveransvaret stort sett dekke instruksstridig igangsetting av systemet. For norsk rett er det kun unntak fra ansvar der arbeidstakerens handling er et utslag av en uforutsett risiko ved arbeidstaker selv.⁴⁶ Men regelen i direktivets art. 8 nr. 3 kan også tolkes slik at den kun gjelder hvor det ikke foreligger tilsynsansvar eller grunnlag for identifikasjon. En slik tolkning gir imidlertid mindre mening, fordi art. 8 nr. 2, andre ledd allerede inneholder et unntak for brukerens ansvar hvis det foreligger force majeure.

2.1.3 Nærmere om innholdet i skyldpresumsjonen for normal risiko

Artikkel 8 i Parlamentets forslag hviler på nasjonale skyldregler med sine små variasjoner, men ordlyden er ikke tydelig på at den er en presumsjon. Det sistnevnte fremkommer imidlertid klart av Parlamentets innledende bemerkning i avsnitt 17, og forsterkes av at

⁴⁶ Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 246.

regelens innhold gjelder med hvilke grunner skyldpresumsjonen kan tilbakevises. Regelen får derfor først og fremst betydning som en regel om omvendt bevisbyrde.

Tilbakevisningsgrunnene er formulert svært overordnet og omfattende, og omhandler *to typetilfeller*. *Det første* tilfellet, i art. 8 nr. 2 bokstav a, gjelder som nevnt situasjonen der andre enn brukeren selv aktiverer systemet. *Det andre* typetilfellet, i bokstav b, gjelder i praksis alle situasjoner der en bruker kan tenkes å ha handleplikter i interaksjon med et autonomt system. Det kreves at brukeren har gjort det vedkommende skal i form av «selecting a suitable AI-system for the right tasks and skills, putting the AI-system duly into operation, monitoring the activities and maintaining the operational reliability by regularly installing updates».

Fritaksgrunnene korresponderer i dag først og fremst med profesjonelles plikter ved bruk av høyrisikosystemer etter forslaget til AIA. For andre risikokategorier vil tekniske krav i bransjestandarder sette avgjørende premisser for brukerens interaksjon med systemet. Riktig bruk må uansett avgjøres på bakgrunn av de kontrollsystemer som er integrert i programvaren.⁴⁷ Kontrollsystemene vil også ha stor betydning for risikoklassifikasjonen av systemet i seg selv.⁴⁸

For private brukere vil formålet med bruken i de fleste tilfeller være gitt. Med autonome systemer er det begrenset hva brukeren kan gjøre for å overvåke og styre systemet. I de fleste tilfeller kan systemet imidlertid stoppes.⁴⁹ Bruk i henhold til brukerinstruksjonen vil gjennomgående være nødvendig for å holde risikoen ved systemet på tiltenkt nivå. Ivaretagelse av fritaksgrunnen «putting the AI-system duly into operation» må derfor antas å inkludere et forbud mot å endre programvaren og systemets forhåndsinnstillinger.

Grunner for å intervensere med systemet er ikke nevnt. Det må antas at private brukere i liten grad kan gjøre endringer i KI-systemet, hvis de skal unngå erstatningsansvar. Det vil i så fall gi brukere av KI-systemet mindre handlefrihet enn hva de har ved bruk av konvensjonell teknologi. En bruker av et KI-system kan antakelig ikke gripe inn i grunnleggende betingelser for systemets drift, selv når hensikten er å reparere. Kravet kan begrunnes med autonome systemers kompleksitet, og en høy aktsomhetsstandard følger da også av generelle forventninger i nasjonale skyldregler.⁵⁰ Et krav om å avstå fra inngripen forutsettes også av årsakspresumsjonen i Kommisjonens AI-ansvarsdirektiv, som jeg skal komme tilbake til i punkt 2.2.5.4. En sluttbruker uten særskilt kompetanse må derfor overlate reparasjon og oppgradering av komplekse systemer til forhandleren.

En plikt til *oppdatering* er særskilt forutsatt i tilbakevisningsgrunnene i art. 8 nr. 2 bokstav b, men vil i de fleste tilfeller forutsette et varsel fra systemet. Etter hvert som teknologien blir

⁴⁷ Om den praktiske betydningen av dette, se A. Bertolini og F. Episcopo, «The Expert Group's Report on Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies: a critical assessment», *European Journal of Risk Regulation*, 12 (2012), s. 644 flg. på s. 651.

⁴⁸ Se AIA art. 14. nr. 2.

⁴⁹ Se for høyrisikosystemer kravet i AIA art. 14 nr. 4 bokstav e.

⁵⁰ Se for eksempel N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 194–195.

mer sikker, vil det sannsynligvis også forventes at profesjonelle brukere *oppgraderer* systemet til tilgjengelig normalstandard.⁵¹

Med noen få unntak blir *skyldpresumsjonen* på bakgrunn av dette i praksis borte. Det altoverveiende inntrykket er at det er tale om en alminnelig skyldregel, der det foreligger en omvendt bevisbyrde.

I to situasjoner er presumsjonens betydning riktignok særskilt bevart. Dette gjelder for det første der skaden er utslag av algoritmens autonomi, jf. art. 8 nr. 2 bokstav b andre ledd. Dersom skadevolderen har sviktet i sine sikkerhetsrutiner, kan skadens faktiske forbindelse til algoritmens autonomi etter en alminnelig, nasjonal skyldregel begrunne et ansvarsfritak. Men en slik anførsel kan skadevolderen ikke fremme etter art. 8 nr. 2, andre ledd. Dette gjelder uansett om man etter nasjonale skyldvurderinger ville kommet til at det ikke forelå handlingsalternativer for brukeren. Her vil skyldpresumsjonen etter forslaget altså uansett gjelde.

For én enkelt årsaksfaktor blir brukeren i praksis objektivt ansvarlig etter EU-parlamentets forslag. Det gjelder hvor skadelidte kan påvise at skaden skyldes *hacking av systemet*, se art. 8 nr. 3. Slike hendelser dekkes ikke av force majeure. Regelen gjelder kun i tilfeller der hackeren ikke kan identifiseres. I praksis handler bestemmelsen om ansvarskanalisering, men hvorvidt bestemmelsen i praksis vil kanalisere slike skadeårsaker til brukeren av KI-systemet, beror også på foreslåtte endringer i nytt produktansvarsdirektiv. I kommisjonens forslag til revisjon av produktansvarsdirektivet kan produsent/forhandler generelt fri seg fra ansvar dersom en defekt i systemet skyldes begrensninger i den vitenskapelige kunnskap og tekniske utvikling da produktet ble plassert i markedet – såkalt utviklingsrisiko. Men dette gjelder etter forslaget art. 10 nr. 2 *ikke* dersom defekten/sikkerhetsmangelen skyldes at produsent/forhandler ikke har gjort tilgjengelig oppdateringer av produktet, jf. art. art. 10 nr. 2. Et vesentlig moment for om det foreligger en defekt, vil altså være om produktet hadde en tilstrekkelig robusthet mot uvedkommendes inngripen og utgjorde en sårbarhet for cybersikkerheten, jf. art. 6 bokstav f, og AIA art. 15 nr. 4. Ansvar forutsetter at forhandler/produsent etter salg fremdeles kan anses for å ha en viss kontroll med produktet, jf. nytt forslag til produktansvarsdirektiv art. 6 nr. 1 bokstav e. Hvorvidt brukerens ansvar og produktansvaret kolliderer på dette punktet, fordi produsent/forhandler har et objektivt ansvar for hacking dersom det skyldes et sikkerhetshull, kan først vurderes når det er kartlagt hvem som defineres som bruker i Parlamentets forslag til forordning om brukeransvar. Dette skal behandles i det følgende.

2.1.4 Kravet om skadevolderens tilknytning til skaderisikoen – definisjonen av bruker

I Parlamentets lovtekst anvendes brukerbegrepet *operator* istedenfor synonymene *user* eller *deployer*. Begrepet *operator* er videre splittet opp i to ulike kategorier *front end user* i art. 3 e, og *back end operator* i art. 3 f. Erstatningsansvaret etter forslaget gjelder for begge disse

⁵¹ E. Kärner, «Liability for Medical Robots and Autonomous Medical Devices», i E. Kärner, U. Magnus, J. Spier og P. Widmer (eds.), *Essays in honour of Helmut Koziol*, 2020, s. 57 flg. på s. 71–72.

brukergruppene. Det kan stilles spørsmål ved om begrepene er hensiktsmessige og nødvendige, og om de skaper mer forvirring enn rettsavklaring.

En *front end operator* er i Parlamentets tekst definert som personen (inkludert juridiske personer) som tar i bruk produktet etter dets formål og som får fordeler av bruken. En *back end operator* er personen som bestemmer de ulike elementene i teknologien, og som gir essensiell og kontinuerlig støtte til systemets funksjoner og bruk.⁵² Støtten til en *back end operator* kan bestå i nødvendige oppdateringer og digital service, jf. den spesifikke definisjonen av kontroll i lovteksten art. 3g. Det er forventet at en produsent/forhandler vil bli forpliktet til å tilby slike tjenester fordi det er nødvendig for å overholde påbudte sikkerhetskrav til KI-systemer. Dette er forutsatt både i AIA og i revisjonen av produktansvarsdirektivet, blant annet ved at KI-systemenes robusthet skal vedvare i hele produktets livssyklus, se AIA art. 15 nr. 1 og forslag til produktansvarsdirektiv art. 10 nr. 2. Kontrollen til en *back end operator* må antas øke på bekostning av sluttbrukerens kontroll i fullautomatiserte systemer.

Slik uttrykket *back end operator* er definert i Parlamentets tekst, vil det i mange tilfeller også omfatte produsent og forhandler, se definisjonen av produsent i produktansvarsdirektivet art. 3. Skadelidte får da et dobbelt grunnlag for objektivt ansvar, og muligheten for å påberope seg et rent objektivt ansvar uavhengig av sikkerhetsmangler ved høyrisikoprodukter. Produktansvarsdirektivet er, som Parlamentets forslag til brukeransvarsregulering, basert på fullharmonisering, og det førstnevnte begrenser seg til et objektivt ansvar for defekter/sikkerhetsmangler. Spørsmålet er da om Parlamentets brukeransvarsforordning også i praksis utvider produktansvaret, og slik sett for skadetyper som eventuelt utgjør en mer omfattende dekning enn produktansvarsdirektivet. Dette vil blant annet utvide det objektive ansvaret til tingskader i næringsvirksomhet.

Begrepene er hentet fra den juridiske ekspertgruppens rapport.⁵³ Et sentralt poeng i ekspertgruppens analyser var at produsent eller forhandler ofte fortsetter å ha kontroll med risikoen i KI-systemet etter at produktet er solgt på markedet. Produsent og forhandler kan for eksempel ha stor innflytelse på produktet gjennom nødvendige oppdateringer, som sluttbrukeren etter brukerinstruksjonen er forpliktet til å installere. Ekspertgruppen uttaler at ansvaret ikke uten videre burde falle på sluttbruker, dersom produsent og forhandler fremdeles har betydelig kontroll. Man ønsket derfor å problematisere det tradisjonelle, nasjonale utgangspunktet om at eier eller innehaver er det sentrale ansvarssubjektet, noe som er særlig aktuelt for objektivt ansvar i Europa.⁵⁴

Det var ikke en del av ekspertgruppens mandat å foreslå endringer i produktansvaret. Gruppen måtte derfor avstå fra for sterke føringer med hensyn til hvor ansvaret burde kanaliseres. Gruppen skulle blant annet utrede objektivt ansvar for brukere, som måtte basere seg på helt andre innslagspunkter enn defekter/sikkerhetsmangler. Gruppen ønsket likevel å synliggjøre

⁵² Om begrepene, se C. Wendehorst, «Strict liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law*, 2020, nr. 1, s. 150 flg. på s. 174–176.

⁵³ Expert Group on Liability and New Technologies New Technologies formation, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies, 2019 i M.A. Geistfeld, E. Kamber, B. Koch og C. Wendehorst (eds.), *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, 2023, s. 364–365.

⁵⁴ Se B.A. Koch og H. Koziol, *Unification of Tort law: Strict Liability*, 2002, s. 413–416, og for norsk rett N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 184.

at man kommer i situasjoner hvor det er mer glidende overganger mellom ansvarssubjekter enn ved konvensjonell teknologi.

Kontroll er i Parlamentets lovtekst definert som innflytelse på skaderisikoen overfor tredjepersoners interesser, jf. art. 3 bokstav g. Denne forutsetningen var tilsvarende styrende for ekspertgruppens vurderinger, og kommer til uttrykk som en rettspolitisk forutsetning for gruppens drøftelser: «Strict liability should lie with the person who is in control of the risk connected with the operation of emerging digital technologies and who benefits from their operation.»⁵⁵

Parlamentet forsøker på bakgrunn av dette å løse regelkonflikten i relasjon til produktansvaret ved å lovfeste at rollen som *back end operator* er irrelevant så lenge vedkommende er omfattet av produktansvarsdirektivet, jf. art. 3d. Men dette forkludres i direktivforslagets art. 11 andre setning, som fastslår at Parlamentets forordning om brukeransvar skal ha forrang foran produktansvarsdirektivet dersom det bare finnes én *operator*. Tilsvarende forutsettes det i samme artikkel at det kan forekomme praktiske situasjoner der operatøren har en dobbeltrolle. I de sistnevnte tilfellene skal forordningen om brukeransvar slå igjennom. Den uklare grensen mellom *front end* og *back end operators* får altså avgjørende betydning som begrensning for produktansvarsdirektivets virkeområde.

På bakgrunn av dette er det mye som taler for å droppe to brukerkategorier, og at virkeområdet for produsentens/forhandlerens ansvar bør fremgå klarere av produktansvarsdirektivet selv.

Det kan i tillegg hevdes at Parlamentet gjennom definisjoner av operatørrollen fokuserer for ensidig på *kontroll i en faktisk betydning*. Dette skaper usikkerhet i situasjoner hvor flere aktører har en viss kontroll med KI-systemet på samme tid. Det oppstår blant annet spørsmål om kontrollen til forhandler kan utelukke at eier eller bruker har tilstrekkelig tilknytning. Problemet er særlig relevant der produsent eller forhandler har satt sentrale premisser for risikonivået og fortsetter å påvirke sikkerheten i systemet etter salget. Enkelte norske dommer kan tolkes slik at tilstrekkelig tilknytning kun foreligger når brukeren kan påvirke risikonivået under driften, og det åpner for at eier og bruker ved høy grad av automatisering kan mangle tilstrekkelig tilknytning.⁵⁶

Det sentrale, etter norsk rettspraksis, synes å være hvorvidt ansvarssubjektet har kontrollen med sentrale forutsetninger for systemets forsvarlige drift.⁵⁷ Dette vil i mange tilfeller være aktuelt, slik Parlamentet definerer *back end*-operatørens rolle.

I Nordsjødykkerdommen i Rt. 2009 s. 1237, avsnitt 70, understrekes det at minstekravet til tilknytning skal baseres på en *normativ vurdering* der «arten og styrken av tilknytningspunkter» er avgjørende for vurderingen. Hvorvidt tilknytningskravet er oppfylt,

⁵⁵ Expert Group on Liability and New Technologies New Technologies formation, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies, 2019, DOI: 10.2838/573689, i M.A. Geistfeld, E. Kamer, B. Koch og C. Wendehorst (eds.), *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, 2023, s. 327, key findings number 10. Standpunktet er også fulgt opp av Kommissjonen i European Commission White Paper – On artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust 19.2.2020 (2020) 65 final, s. 22.

⁵⁶ V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 211.

⁵⁷ Se for eksempel Løftekrandommen – Rt. 1969 s. 109.

beror på en bred helhetsvurdering. Det er vanskelig å forestille seg at EU-organene vil komme unna lignende vurderinger, og dette gjelder særlig i situasjoner der det skyldbaserede organansvaret er aktuelt.

Et regelverk på bestemte områder kan riktignok forutsette at eieren har en vesentlig del av ansvaret for at systemet brukes forsvarlig. Dette får særlig betydning når beslutningen om å aktivere systemet i seg selv har stor betydning for risikonivået. Et eksempel er særreguleringen av selvkjørende biler. Det stilles her krav om at eieren sikrer at brukeren har tilstrekkelige kvalifikasjoner, og at det finnes en person som kan overvåke operasjonen.⁵⁸ Parlamentet bruker på samme måte eierrollen for selvkjørende biler som et eksempel på tilstrekkelig kontroll.⁵⁹

Hagstrøm og Stenvik anfører at et viktig moment for en tilstrekkelig tilknytning bør være om den påståtte skadevolderen har oppfordring og reell mulighet til å pulverisere potensielle skadekostnader.⁶⁰ Dette momentet fremkommer som et sentralt rettspolitisk poeng i en rekke EU-dokumenter,⁶¹ men er fraværende i brukerdefinisjonen i Parlamentets forslag til forordning. Argumentet kan blant annet være treffende der en bruker av et KI-system har en langvarig leasing- eller leieavtale. I lys av grunntanken bak tilknytningskravet i forslaget til forordning fremstår det likevel som mer sentralt om brukeren har innflytelse på *hvor* systemet skal brukes, og overfor *hvem og hvor mange* som *eksponeres* for systemets risikoer.⁶² Disse beføyelsene tilligger først og fremst eierposisjonen. I mange tilfeller vil derfor flere skadevoldere være aktuelle etter ansvarsdirektivet. Dette tar også Parlamentet høyde for, og foreslår å lovfeste et solidarisk ansvar i lovtekstens art. 11 første setning.

2.2 Forslaget til brukeransvarsdirektiv fra EU-kommisjonen (AI-ansvarsdirektivet)

2.2.1 Oversikt over direktivets hovedelementer

EU-kommisjonen har, i motsetning til EU-parlamentet, ikke som ambisjon å harmonisere de deliktsrettslige ansvarsgrunnlagene. Kommisjonen foreslår et minimumsdirektiv. Det inneholder en begrenset skyldpresumsjon for regelbrudd ved manglende oppfyllelse av AI-ansvarsdirektivets bevisfremleggelsesplikt, og en mer generell, men snever, årsakspresumsjon med ulike betingelser for forskjellige kategorier skadevoldere. På flere punkter kommer forslaget imidlertid svært nær en direkte regulering av innholdet i skyldansvaret. Kommisjonens AI-ansvarsdirektiv vil derfor trolig påvirke det nasjonale skyldansvaret i større grad enn et rent prosessrettslig grep knyttet til regler om årsakssammenheng skulle tilsi.

⁵⁸ Forskrift om utprøving av selvkjørende motorvogn 17. desember 2017 § 11.

⁵⁹ Se innledende merknad nr. 10 i resolusjonen.

⁶⁰ Se om disse momentene generelt i relasjon til tilknytningskravet V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 211.

⁶¹ Se blant annet Report from the Commission to The European Parliament, The Council and The European Economic and Social Committee, Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, 19.2.2020 COM (2020) 64 final, s. 12.

⁶² Slik også *de lege ferenda* for en europeisk modell C. Wendehorst, «Strict liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law*, 2020, nr. 1, s. 150 flg. på s. 179–180.

Direktivet forutsetter at ansvarsgrunnlaget er skyldbasert, og er tilsynelatende åpent for ulike nasjonale variasjoner.⁶³ Det forutsettes eksplisitt i direktivforslagets art. 4 (årsakspresumsjonen) at ansvarsgrunnlaget kan være prinsipalens ansvar for andres skyld. Videre viser art. 2 gjennom den videre henvisningen til definisjonen av *brukere* i AIA art. 3, fjerde ledd og høyriskoområdene i AIA bilag III at direktivet også gjelder der det nasjonale ansvarsgrunnlaget omfatter ansvar for offentlige myndigheter.⁶⁴

Kommisjonens direktiv om AI-ansvar gjelder på viktige punkter *bare* profesjonelle skadevoldere, og omhandler på en tydeligere måte enn forslaget til EU-parlamentets forordning flere enn den private sluttbruker. Årsakspresumsjonen for *høyriskosystemer* gjelder noe overraskende bare *profesjonelle brukere* med forpliktelser etter AIA kap. 2 og 3 og såkalte tilbydere.

Årsakspresumsjonen er disponert slik at den først angir *tre generelle betingelser* for anvendelse uavhengig av skadevoldergruppe. Dernest er den delt inn i *tre ansvarssituasjoner* med ulike betingelser: 1) anvendelse av årsakspresumsjonen der skadevolderen er en *tilbyder* av et høyriskosystem, 2) anvendelse av årsakspresumsjonen der skadevolderen er en *profesjonell bruker* av et høyriskosystem, og 3) anvendelse av årsakspresumsjonen der skadevolderen er en *bruker som anvender systemet til private formål*.

2.2.2 Definisjonen av bruker

På bakgrunn av AI-ansvarsdirektivets ulike betingelser for forskjellige brukergrupper blir det viktig å skille mellom ansvarssubjektene. Der AI-ansvarsdirektivet og forslaget til produktansvarsdirektiv omhandler de samme aktørene, er definisjonene av ansvarssubjektene sammenfallende. AI-ansvarsdirektivet gjelder derfor også produsenter og forhandlere slik de defineres etter produktansvarsdirektivet, se AI-ansvarsdirektivet art. 2, tredje ledd og forslag til revidert produktansvarsdirektiv 4 ellefte ledd. Disse har i AI-ansvarsdirektivet fått samlebetegnelsen *tilbyder*. Etersom definisjonen av *tilbyder* i AI-ansvarsdirektivet er koblet til definisjonen av det samme i AIA, utvides definisjonen i AI-ansvarsdirektivet gjennom de presiseringer som fremgår av AIA art. 28. Fra dette kan vi slutte at ytterligere kategorier skadevoldere, som opprinnelig hadde rollen som *distributør, importør, eller en tredjepart, inkludert private brukere*, er å anse som tilbydere (med tilhørende forpliktelser) på bestemte betingelser. Dette gjelder hvis de aktuelle personene/selskapene 1) bringer KI-systemet i omsetning under eget navn, 2) hvis de *endrer formålet* med KI-systemet etter at produktet er satt i omsetning, eller 3) *foretar vesentlige endringer* i KI-systemet. Brukere som foretar vesentlige endringer i et KI-system, er videre satt på linje med produsent/forhandler i nytt forslag til art. 7 nr. 4 i produktansvarsdirektivet. Dette betyr at de også vil bli objektivt ansvarlige for produktets eventuelle defekter/sikkerhetsmangler.

⁶³ Se innledende bemerkning nr. 10.

⁶⁴ Det er uklart i hvilken grad EU-kommisjonen har kompetanse til å gi lover på området for offentlige myndigheters erstatningsansvar, se G. Wagner, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels effect», *Journal of European Tort Law*, 2023, s. 222–223.

Begrepet *bruker* i AI-ansvarsdirektivet omfatter altså både en meget vid kategori profesjonelle brukere med forpliktelser etter AIA,⁶⁵ som kan bli ansvarlige etter produktansvarsdirektivet, og brukere som anvender KI-systemet til private formål og kun reguleres av AI-ansvarsdirektivet.

2.2.3 Grunntrekk ved presumsjonene i AI-ansvarsdirektivet og forholdet til norske regler

De sentrale virkemidlene av *materiell betydning* i AI-ansvarsdirektivet inneholder, som tidligere påpekt, vesentlige begrensninger.

Forslaget til en *materiell skyldpresumsjon* ved manglende oppfyllelse av bevisfremleggelsesplikten i art. 3 omhandler *kun forbindelsen mellom skadevolderens skyld og årsaken til skaden/feilen i KI-systemet*. Det som skal presumeres, er at det foreligger et regelbrudd. De relevante brudd er begrenset til en bestemt type regler, og gjelder bare brudd på omsorgsplikter for produsent/forhandler og profesjonelle brukere i AIA. Den sterke sammenhengen mellom brudd og presumsjon er begrunnet i at fremleggelsesplikten bare gjelder forhold/opplysninger som produsent/forhandler og profesjonell bruker er pålagt etter AIA.⁶⁶ Dette betyr at presumsjonen omhandler *ett* forhold som *kan bli* relevant i den nasjonale skyldvurderingen, men som ikke alltid er avgjørende for om en skadevolder har opptrådt ansvarsbetingende uaktsomt.

Utgangspunktet etter norsk rett er at sikkerhetsregler skal tillegges stor vekt i vurderingen av om brukeren har handlet forsvarlig. Dette forutsatt at det er årsakssammenheng mellom et brudd på regler i lov/forskrift og skaden, og at reglene har som formål å regulere brukerens atferd i relasjon til risiko for skade i den typen situasjoner der skaden oppsto.⁶⁷ Dette utgangspunktet gjelder tilsvarende for årsakspresumsjonen i AI-ansvarsdirektivet, jf. art. 4 nr. 1. Men selv om det foreligger brudd på klare handleregler, må det etter norsk rett, slik Høyesterett påpeker i HR-2018-1234-A avsnitt 42, «likevel foretas en konkret vurdering i det enkelte tilfellet».

Vekten bruddet får i vurderingen, beror etter norsk rett på flere hensyn. Dette gjelder prinsipielt sett også på områder hvor det stilles strenge krav til aktsomhet, og den strenge normen kan utledes av de skrevne reglene. Dette fremgår eksplisitt blant annet av RIB-dommen, HR-2019-318-A avsnitt 57, hvor Høyesterett påpekte at «selv om aktsomhetskravet er strengt, medfører ikke ethvert avvik fra optimal atferd at det foreligger ansvarsbetingende uaktsomhet». Og selv om sikkerhetsregler er overholdt, kan det foreligge en oppfordring for skadevolderen til å reagere på risikoen i den aktuelle situasjonen som følge av andre forhold enn dem som nevnes i skrevne regler.

⁶⁵ Etter Parlamentets endringer av forordningen er betegnelsen *user* erstattet med *deployer*, for å tydeliggjøre at produktkontroll-lovgivningen ikke omfatter den typiske forbruker/sluttbruker.

⁶⁶ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on adapting non-contractual civil liability rules to artificial intelligence (AI Liability Directive) 28.9.2022 COM (2022) 496 final, fortalen avsnitt 16–19.

⁶⁷ V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 85 flg.

Selv om dette er utgangspunktene, vil en generell objektivisering av aktsomhetsstandarden⁶⁸ gi lite rom for individuelle vurderinger av skaderisikoen. Dette blir forsterket dersom det foreligger en detaljregulering av handleplikter gjennom lov og forskrift, som gir mindre rom for konkrete vurderinger. En måte å se dette på er at et brudd på lovregler, og særlig sikkerhetsregler, i mange tilfeller er tilstrekkelig for ansvar.⁶⁹ En annen måte å artikulere samme tendens på er å si at detaljert spesialregulering på enkelte områder får så stor relevans og vekt at det i mange tilfeller ikke er stort rom for en alminnelig forsvarlighetsvurdering i tillegg.⁷⁰ Det er imidlertid en viktig prinsipiell forskjell mellom utgangspunktene i norsk rett og det som i praksis kan bli rettstilstanden på dette området ved en eventuell innføring av AI-ansvarsdirektivet.

Årsakspresumsjonen i AI-ansvarsdirektivet er ytterligere innsnevret hva gjelder betydningen av bruddet. Regelen forutsetter at de fleste bevisema under nasjonale regler blir bevist på vanlig måte, se de generelle betingelser i AI ansvarsdirektivet art. 4 nr. 1. Det sentrale området for presumsjonen er en lettelse av beviskravet og bevisemaet knyttet til *ett element i skyldregelen*, som etter norsk rett har nær sammenheng med årsakskravet. Etter skyldregelen er det et minstekrav for ansvar at det foreligger et praktisk og effektivt handlingsalternativ som kunne hindret eller redusert risikoen for skade.⁷¹ I årsakspresumsjonen reduseres dette til et spørsmål om brudd på bestemte lovfestede tekniske krav og sikkerhetsregler som har til formål å verne mot skade. Resultatet er at håndstrekningen til skadelidte *kun gjelder deler av bevisbyrden knyttet til årsakssammenhengen mellom ansvarsgrunnlaget og skaden*.

De nevnte konstruksjoner forutsetter altså tilsynelatende en automatisk slutning mellom brudd på sikkerhetsregler/produktkrav og *misconduct*. *Misconduct* brukes i forslaget som synonymt med begrepet *fault*, som igjen skal fungere som en referanse til skyldreglen i nasjonale rettsordninger. Betydningen av nasjonale regler i AI-ansvarsdirektivet fremstår imidlertid som misvisende. På tross av åpenheten for nasjonale variasjoner kan resultatet bli at skyldregelen reduseres til et objektivt *non-compliance* ansvar.⁷² Presumsjonen vil neppe fungere etter hensikten dersom domstolene står helt fritt til å foreta ytterligere individuelle forsvarlighetsvurderinger.

2.2.4 Nærmere om plikten til bevisfremleggelse og skyldpresumsjonen

Artikkel 3 i AI-ansvarsdirektivet inneholder to virkemidler for å utligne en presumtiv asymmetri mellom brukerens og potensielle skadelidtes kunnskap om KI-systemet. Det ene

⁶⁸ Se A.M. Frøseth, *Skadelidtes egeneksponering for risiko i erstatningsretten*, 2013, s. 82–86.

⁶⁹ Om objektivisering av culpanormen «den moderne culpapregel» og betydningen av lovregler for dansk retts vedkommede, se A. Bloch Ehlers, *Om adækvanslæren i erstatningsretten*, 2011, s. 59 flg.

⁷⁰ Se T.-L. Wilhelmsen og B. Hagland, *Om erstatningsrett: med utgangspunkt i tekster av Peter Lødrup*, 2017, s. 111.

⁷¹ N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 193.

⁷² I tysk rett er brudd på en lovfestet sikkerhetsregel av denne typen en egen kategori deliktsansvar, se G. Wagner, «Liability for Artificial Intelligence – A proposal of The European Parliament» i *Law by Algorithm*, 2022, s. 127 flg., og G. Wagner, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels effect», *Journal of European Tort Law*, 2023, s. 191 flg.

virkemiddelet er en plikt til bevisfremleggelse, det andre er den nevnte skyldpresumsjonen, dersom rettens pålagte krav ikke etterkommes.

Bevisfremleggelsesplikten gjelder bare operatører som er undergitt en plikt til lagring av data etter AIA, og som nevnt *kun høyrisikosystemer*.⁷³ Fremleggelsesplikten gjelder imidlertid flere informasjonskilder enn operatøren, og retten kan derfor på tilsvarende måte som etter norsk lovgivning rette pålegget mot tredjeparter.⁷⁴ Informasjonen skal likevel først forsøkes innhentet hos påstått skadevolder, se fortalen avsnitt 20. Informasjonsplikten avgrenses dessuten til dokumentasjonspliktene i AIA knyttet til godkjenning og bruk, og dette uavhengig av hvem bevisfremleggelsesplikten gjelder.

For å få medhold i bevisfremleggelsesplikten må kravet anses som proporsjonalt. I dette henseende er det særlig relevant om skadelidte først har anmodet de aktuelle informasjonsinnehaverne om opplysninger. Videre må skadelidte fremføre opplysninger som gir grunn til å tro at det aktuelle høyrisikosystemet har vært involvert i skaden, jf. art. 3 nr. 1 andre ledd.

Konsekvensen av manglende imøtekommelse av pålegget er en skyldpresumsjon, som kan tilbakevises, jf. art. 3 nr. 5 andre ledd. Presumsjonen må antas å begrense seg til de tilfeller der *brukeren* ikke etterkommer pålegget.⁷⁵ AI-ansvarsdirektivet nevner ikke om pålegget kan gis før saken står for retten, og informasjonsplikten inneholder da en vesentlig begrensning for skadelidtes muligheter for å gå til sak. En eventuell begrensning her er likevel uten betydning som prosessuelt hinder i Norge.

2.2.5 Nærmere om årsakspresumsjonen

2.2.5.1 Årsakspresumsjonens *generelle betingelser*

Årsakspresumsjonen i forslagets art. 3 nr. 1 inneholder *en grunnregel* som gjelder tre *kumulative* krav uavhengig av skadevoldergruppe.

Den første av de generelle betingelser er at skadelidte *godtgjør* brudd på lovfestede omsorgsplikter eller sikkerhetsregler i nasjonal rett eller EU-retten. Hvilke regler som er relevante må ses i lys av de spesifikke betingelsene som gjelder for de nærmere angitte skadevoldergruppene, se nedenfor i punkt 2.2.5.2 – 2.2.5.4. Relevansen av reglene forutsetter at de har til formål å beskytte mot skade, og dette relevanskravet får bare betydning der AI-ansvarsdirektivet ikke selv uttømmende angir hvilke regler som er aktuelle i de spesifikke betingelsene for de forskjellige skadevoldergruppene.

⁷³ Se fortalen avsnitt 18.

⁷⁴ A.M. Frøseth og M. Strandberg, «Mot et skifte i EU-retten forhold til nasjonal erstatningsrett?», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2023, s. 131 flg. på s. 133.

⁷⁵ Slik også G. Spindler, «Different approaches for liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons – the New Proposal of the EU Commission on Liability for Defective Products and AI Systems», 15 January 2023: <https://ssrn.com/abstract=4354468>.

Ordet «godtgjør» viser tilbake til nasjonale regler om beviskrav, og vil i noen land bety at domstolen må være overbevist om at bruddet foreligger med stor grad av sikkerhet.⁷⁶ I Norge må bruddet finnes overveiende sannsynlig.⁷⁷ Dersom domstolen allerede har presumert skyld på dette punktet som følge av skadevolderens manglende oppfyllelse av pålegg om bevisfremleggelse, vil betingelsen være oppfylt. Samlet sett er det derfor grunn til å tro at skadelidte vil se seg tjent med at alle direktivets virkemidler blir anvendt i samme sak.

Den andre generelle betingelsen gjelder dokumentasjon for sammenhengen mellom brukerens⁷⁸ feil og det uønskede/uriktige utslaget i KI-systemet. Skadelidte må påvise at det er *rimelig sannsynlig* at skadevolderens brudd på reglene i første betingelse hadde *innflytelse* på KI-systemets utslag. Etter ordlyden fremstår regelen som en lettelse av det norske beviskravet, men den totale bevisbyrden blir ikke nødvendigvis lettere. Bevistemaet forutsetter en ensidig konsentrasjon i bevistemaet knyttet til ansvarsgrunnlaget rundt lovfestede sikkerhetskrav, som ikke uten videre har avgjørende betydning for skyldansvaret i Norge.

Den tredje generelle betingelsen er at skadelidte må bevise en årsakssammenheng mellom feilen i KI-systemet og skaden. Ordlyden i de ulike språkversjonene av direktivforslaget gjør det uklart om det her skal innfortolkes en lettelse i bevistema og beviskrav. En nærliggende tolkning av den danske versjonen er at skadelidte må *fremlegge fakta som gir grunn til å tro – prima facie-bevis* – at feilen i KI-systemet har gitt *anledning* til skaden.⁷⁹ Dette er i så fall både et mindre omfattende bevistema og et lavere beviskrav enn det som ellers gjelder for årsakssammenheng i norsk rett.⁸⁰ Det stilles i så måte krav om at det fremlegges bevis som i innhold og type kan skape en presumsjon for at det var *en feil i KI-systemet med tilstrekkelig skadeevne* som har gitt utslag *på det aktuelle skadetidspunktet*. Det siste bevistemaet for årsakssammenheng – *om feilen i KI-systemet realiserte seg i den konkrete skaden* – må skadelidte bevise fullt ut i henhold til det alminnelige, nasjonale beviskravet. I de fleste språkversjonene er imidlertid ordlyden at skadelidte må bevise at feilen i KI-systemet har forårsaket skaden. Det bør derfor legges til grunn at alle bevistema for årsakssammenheng må dokumenteres og at det alminnelige nasjonale beviskravet gjelder.

Samlet innebærer dokumentasjonskravene små avvik fra relevante bevistema og beviskravet i norsk rett, og viser at årsakspresumsjonen ikke omfatter et sentralt årsaksledd der bevisbyrden gjelder som før: Skadelidte må bevise at *skaden skyldes en feil i KI-systemet*. I så måte har direktivforslaget lite å gi skadelidte der skaden kan skyldes autonomien i KI-systemet. Problemet avhjelpes noe av tekniske krav i AIA som krever at profesjonelle brukere lagrer loggfiler, som presumtvt kan påvise om det var autonomien i systemet eller andre årsaker

⁷⁶ M.A: Geistfeld, E. Kerner, B. Koch i M.A. Geistfeld, E. Kerner, B. Koch og C. Wendehorst (eds.), *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, 2023, s. 29; M. Strandberg, *Beviskravet i sivile saker*, 2012, s. 120–122.

⁷⁷ Rt. 1992 s. 64, HR-2015-2265-A, avsnitt 35, og N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 339.

⁷⁸ Eller noen han/den juridiske personen er ansvarlig for.

⁷⁹ Innholdet i regelen er oppfattet slik av G. Spindler, «Different approaches for liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons – the New Proposal of the EU Commission on Liability for Defective Products and AI Systems», 15 January 2023: <https://ssrn.com/abstract=4354468> under punkt B, 4a.

⁸⁰ N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 339 flg., og N. Nygaard, «Årsakssammenheng ved forurensingsskade», *Jussens Venner*, 2004, s. 19 flg. på s. 23–28.

som virket på det aktuelle tidspunktet, jf. AIA art. art. 29 nr. 6. Slike opplysninger er derfor også omfattet av bevisfremleggelsesplikten, se ovenfor i punkt 2.2.4.

Det er viktig å merke seg at årsakspresumsjonen som følger av lettelsene knyttet til grunnregelen i art. 4, *kan tilbakevises*, jf. 4 nr. 7.

I tillegg til de tre generelle betingelsene må domstolen ta stilling til om anvendelsen av årsakspresumsjonen er *rimelig i den konkrete saken*, sett i lys av den konkrete skadelidtes bevisvansker. Ifølge art. 4 nr. 4 kan presumsjonen ikke anvendes i saker som angår *høyrisikosystemer*, dersom domstolen kommer til at skadelidte har tilstrekkelig ekspertise og dokumentasjon. Slik kan bevisfremleggelsesplikten i art. 3 derfor også virke i skadelidtes disfavør, og som et hinder for anvendelse av årsakspresumsjonen.

Samme prosedyre gjelder for *systemer med begrenset risiko*. Det er en forutsetning for anvendelse at domstolen finner det *uforholdsmessig vanskelig* for skadelidte å godtgjøre de aktuelle bevisema. Skadelidte som påberoper seg årsakspresumsjonen, trenger allikevel ikke forklare hvilke aspekter ved det konkrete KI-systemet som skaper bevisvansker, jf. fortalen avsnitt 28. Når det gjelder systemer med begrenset risiko, kan nok retten lett komme til at bevisbyrden er uforholdsmessig også i slike saker.⁸¹ KI-systemer i den vide kategorien kan være vel så komplekse som høyrisikosystemer; se nærmere om skillet mellom kategoriene nedenfor i punkt 2.2.6. For saker som anlegges av skadelidte i Norge, vil begrensningen uansett ha liten praktisk betydning. Tilsvarende og til dels mer sjenerøse regler om bevisfremleggelse vil uansett gjelde.⁸²

Dersom forslaget til årsakspresumsjon blir videreført, må det samlet sett likevel en lovendring til for å sikre en gjennomføring av kravene i Norge.

2.2.5.2 Anvendelse overfor *tilbyder/produzent/forhandler av høyrisikosystemer*

Anvendelse av årsakspresumsjonen overfor tilbydere av KI-systemer gjelder kun hvor skadelidte påviser at KI-systemet er i strid med tekniske sikkerhetskrav i AIA. De oppgitte reglene fra AIA er uttømmende påstandsgrunnlag. Et *alternativ* er manglende ivaretagelse av kvalitetskrav knyttet til datagrunnlaget. Et ytterligere *alternativ* er brudd på transparenskravene, der algoritmen⁸³ og det digitale systemet rundt er utformet slik – blant annet gjennom kontrollsystemet – at det ikke er mulig å føre effektivt tilsyn. Videre gjelder det *alternativt* brudd på tekniske krav som sikrer at systemet er tilstrekkelig robust, nøyaktig og vernet mot dataangrep – for eksempel hacking. Brudd på de nevnte krav er likevel ikke nok dersom forhandleren har trukket systemet tilbake fra markedet eller tilbakekalt solgte

⁸¹ Slik også G. Spindler, «Different approaches for liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons – the New Proposal of the EU Commission on Liability for Defective Products and AI Systems», 15 January 2023: <https://ssrn.com/abstract=4354468> i artikkelens punkt B, og G. Wagner, «Liability for Artificial Intelligence – A proposal of The European Parliament» i *Law by Algorithm*, 2022, s. 127 flg., og G. Wagner, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels effect», *Journal of European Tort Law*, 2023, s. 191 flg. på s. 225–226.

⁸² A.M. Frøseth og M. Strandberg, «Mot et skifte i EU-rettens forhold til nasjonal erstatningsrett?», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2023, s. 131 flg. på s. 133.

⁸³ Eventuelt algoritmiske kombinasjoner.

produkter i rimelig tid etter at bruddet ble oppdaget, se art. 4 nr. 2 bokstav e og de korresponderende plikter i AIA art. 16 bokstav g og art. 21.

Beviskravet knyttet til brudd på de nevnte tekniske krav er uklart. Det kreves antakelig at skadelidte dokumenterer at det er overveiende sannsynlig (etter norsk rett) at tilbyder (produsent/forhandler) har brutt ett eller flere av de oppregnede sikkerhetskravene. De nevnte bevistema kan imidlertid være vanskelige å synliggjøre, ettersom arkitekturen for risikostyring i KI-systemer til tider er svært kompleks, og de ulike mekanismene som ivaretar de ulike kravene, er svært sammenvevd. Det står ingenting i AI-ansvarsdirektivet om at noen av alternativene skal anses for å være mer vektige i vurderingen enn andre, og i enkelte saker vil de også ha forskjellig relevans for skaden. I tillegg kommer at brudd på slike forpliktelser ikke nødvendigvis følger som et absolutt krav etter nasjonale skyldregler.

2.2.5.3 Anvendelse overfor *profesjonelle brukere av høyrisikosystemer*

Dersom årsakspresumsjonen skal anvendes overfor en profesjonell bruker av KI-systemet, vil betingelsene for presumsjonen være oppfylt dersom det foreligger brudd på profesjonelle brukeres forpliktelser etter AIA. Men ettersom art. 4 nr. 3 ikke eksplisitt oppgir at relevante brudd er begrenset til forpliktelsene i AIA, slik situasjonen er for tilbydere, kan antakelig brudd på supplerende handleplikter etter nasjonal lovgivning og ulovfestet erstatningsrett også være relevante.⁸⁴ Skadelidte må uansett bevise, i henhold til det nasjonale beviskravet, at en profesjonell bruker har overtrådt klare handleplikter. Den profesjonelle brukers forpliktelser etter AIA er svært avgrenset. Skadelidte kan blant annet anføre at brukeren ikke har anvendt systemet i henhold til produsentens instruksjoner, *alternativt* at brukeren ikke overvåket systemet i henhold til instruksene. Et ytterligere *alternativ* er at skadelidte beviser at brukeren intervenserte med systemet. Det siste handlingsalternativet må ses i lys av at AI-ansvarsdirektivet og AIA omfatter en meget vid gruppe profesjonelle brukere, som også har rollen som en form for kvasiforhandlere/-tilbydere. Der formålet med bruken av KI-systemet nødvendigvis tilpassninger til brukerens egne data, kan brukeren ha en plikt til å trene systemet, se AIA art. 29, nr. 3. Et brudd på denne plikten kan være innfallsporten til anvendelse av årsakspresumsjonen.

2.2.5.4. Anvendelse overfor *private brukere av systemer med begrenset risiko*

Årsakspresumsjonen kan kun anvendes overfor private brukere i to spesifikke situasjoner, som tar høyde for svært ulikt kunnskapsnivå hos folk flest. Det avgjørende for årsakspresumsjonens anvendelse er imidlertid ikke brukerens kompetanse, men formålet med bruken.

Årsakspresumsjonen kan anvendes dersom brukeren på en vesentlig måte har grepet inn i betingelsene for systemets drift. Vi skal merke oss at private under slike omstendigheter også

⁸⁴ Slik G. Wagner, «Liability for Artificial Intelligence – A proposal of The European Parliament» i *Law by Algorithm*, 2022, s. 127 flg., og G. Wagner, «Liability Rules for the Digital Age – Aiming for the Brussels effect», *Journal of European Tort Law*, 2023, s. 191 flg., på s. 227.

blir pålagt produsenters forpliktelser etter AIA, jf. art. 29, og blir likestilt med produsent/forhandler etter produktansvarsdirektivet.

Alternativt kan presumsjonen anvendes dersom brukeren var forpliktet – og i stand – til å fastlegge betingelsene for systemets drift og unnløt å gjøre det. Dette alternativet indikerer ytterligere lovpålagte forpliktelser for KI-systemet, eller tingen KI-systemet er integrert i. Slike forpliktelser kan for eksempel følge for eier etter spesiallovgivning, men i dag er det først og fremst aktuelt for høyrisikoprodukter som (helt eller delvis) selvkjørende biler.

Det er nyttig å være oppmerksom på at det ikke finnes et eget grunnlag for anvendelse av årsakspresumsjonen overfor profesjonelle brukere utover høyrisikosystemene. Dette er en ubegrunnet lakune i regelverket som følge av overfokus på brukeransvarsdirektivet som håndhevingsverktøy for produktkontrollregimet.

2.2.6 Begrensningen til høyrisikosystemer etter definisjonen i AIA

Som det fremgår ovenfor, er bevisfremleggelsesplikten med tilhørende skyldpresumsjon og årsakspresumsjonen overfor tilbydere begrenset til situasjoner der skaden forårsakes av høyrisikosystemer. Det er på bakgrunn av dette nødvendig å analysere hvilke KI-systemer som omfattes av høyrisikokategorien, for å gi et nærmere bilde av direktivets rekkevidde. Et spørsmål er i tillegg hvor hensiktsmessig definisjonen er som et vilkår for en overnasjonal harmonisering av erstatnings- og prosessregler.

Definisjonen av høyrisikosystemer i AIA⁸⁵ er uoversiktlig og kompleks, og følger både av en generell, vag formulering i AIA art. 6 og to bilag (II og III) til forordningen. Bilag II lister opp produkter som omfattes av EUs særskilte produktsikkerhetslovgivning, og bilag III omhandler såkalte kritiske bruksområder. Slik forordningen fremstår i dag, er det samlede området for høyrisikosystemer svært begrenset. Dette innebærer mest sannsynlig tilsvarende begrensninger for virkeområdet til et fremtidig objektivt ansvar for høyrisikoprodukter.

Et KI-system er etter den generelle definisjonen høyrisiko dersom det skal *brukes som en sikkerhetskomponent i et produkt, eller i seg selv er et produkt dekket av produktsikkerhetslovgivning* opplistet i bilag II, jf. AIA art. 6 første ledd bokstav a. Systemer som brukes på de kritiske områdene opplistet i bilag III, anses bare som høyrisiko hvis de utgjør en *significant risk* for helsen, sikkerheten og grunnleggende rettigheter for fysiske personer, jf. art. 6 andre ledd. Risikoen for liv og helse er også nevnt i oppregningen av relevante interesser i art. 7 første ledd, der Kommisjonen gis kompetanse til å supplere bilag III med underkategorier innenfor de kritiske områdene etter forordningens iverksettelse.

Den generelle definisjonen av *significant risk* i AIA baserer seg i sin kjerne på det nevnte skadeevnekriteriet brukt i Parlamentets forordning om brukeransvar. Men i AIA har grunnleggende rettigheter og rettsstatsverdier større betydning for inndelingen i risikonivåer enn det man forbinder med en tradisjonell skadeevnevurdering. Det er derfor verken opplagt eller nødvendigvis hensiktsmessig at fremtidige ansvarsgrunnlag eller sentrale vilkår for

⁸⁵ Drøftelsen vil ta utgangspunkt i den siste versjonen av forordningen som Parlamentet vedtok 14. juni 2023.

skjerpelse av det alminnelige deliktsansvaret hviler på risikoklassifiseringen. Det vil også være betenkelig dersom risikokategoriseringen uten ytterligere individuelle og saksspesifikke vurderinger smitter over på nasjonale skyldvurderinger relatert til person- og tingskade.

Når det gjelder person- og tingskade, er produktene undergitt EUs produktsikkerhetsregulering opplistet i bilag II mest aktuelle som innfallspunkt til høyrisikokategorien. Det mest relevante for person- og tingskade som reguleres av de alminnelige ansvarsgrunnlagene, er maskiner og leketøy.

Produktsikkerhetsreguleringen for øvrig vedrører i all hovedsak produkter som allerede er dekket av et sektorspesifikke varianter av objektivt erstatningsansvar, slik som kjøretøy, flymaskiner og produkter brukt i forbindelse med medisinsk behandling. Anvendelsesområdet for høyrisikoprodukter vedrører derfor i mindre grad risikokilder som er aktuelle for det alminnelige skyldansvaret. Parlamentets modell for objektivt ansvar vil imidlertid bli strengere enn rettstilstanden på enkelte sektorregulerte områder i Norge.

De kritiske områdene i AIA bilag III gjelder hovedsakelig områder for offentlig myndighetsutøvelse og derfor statens ansvar for brudd på personvernregler og grunnleggende menneskerettigheter. Den aktuelle skadetyper for slike krenkelser er ikke-økonomisk tap. Opplistingen gjelder forbudte praksiser for private aktører på to områder, slik som opptak av studenter på private utdannelseinstitusjoner og arbeidsgivere som rekrutterer arbeidskraft. I disse sammenhengene er rent økonomisk tap også aktuelt. Et viktig område for person- og tingskade er skader som oppstår som følge av feil knyttet til vann-, gass- og elektrisitetsforsyning, som er særskilt nevnt som kritiske områder i bilag III. Dette er kjente områder for det norske ulovfestede objektive ansvaret.

I Parlamentets versjon av AIA har definisjonen av høyrisiko i bilag III fått en egen besynderlig tilføyelse, som særlig vil ha interesse for person- og tingskade dersom sektorene i bilaget suppleres med ytterligere praksiser eller underområder. Etter bestemmelsen skal kommisjonen definere under hvilke omstendigheter, og dermed i stor grad skadesituasjoner, som skal anses som høyrisiko innenfor de utvalgte sektorene. Reguleringen blir altså svært kasuistisk, og kan på sikt tenkes å foregripe den erstatningsrettslige skyldvurderingen i nasjonale domstoler på de områder der den kommer til anvendelse.

Artificial Intelligence Act inneholder en egen risikokategori som angir forbudte praksiser for KI-systemer. Kategorien har en fjernere forbindelse til en tradisjonell skadevnevurdering enn høyrisikosystemer.⁸⁶ Kategorien *uakseptabel risiko* handler om bruksområder og praksis som skaper risiko for krenkelse av grunnleggende rettigheter og europeiske rettsstatsverdier. Risikoen for personskade er likevel sentral i definisjonen av flere praksiser som er forbudt. Et eksempel er bestemmelsen som omfatter sosiale roboter brukt til opplæring og terapi, se art. 5 første ledd bokstav b som handler om skadelig påvirkning av sårbare grupper.

I AI-ansvarsdirektivet er kategorien *uakseptabel risiko* ikke særskilt nevnt som del av direktivets virkeområde, og i fortalen til direktivet finnes det ingen begrunnelse. Et spørsmål er derfor om direktivet må tolkes utvidende til å gjelde kategorien *uakseptabel risiko*, hvis

⁸⁶ Enkelte av systemene som havner i kategorien, kan tillates på bestemte betingelser, se eksempelvis art. 5 første ledd bokstav a andre ledd.

slike systemer ulovlig blir brukt og gir personskade. Begrunnelsen for å koble de ulike prosessuelle virkemidlene i AI-ansvarsdirektivet til høyrisikosystemer er delt, og hensynet til håndhevelse av produktsikkerhetskravene synes like sentralt som en styrking av skadelidtes erstatningsrettslige vern. På den andre siden er risikoen for tredjepersoner gjennomgående avgjørende for hva som karakteriseres som høyrisiko i AIA forordningens bilag. Det synes derfor forsvarlig å foreta en utvidende tolkning av direktivet til å gjelde forbudte praksiser (uakseptabel risiko), forutsatt at det gjelder personskade på persongrupper som er beskyttet i den nevnte kategorien. Ut fra definisjonene av forbudte praksiser synes ikke tingskade å være aktuelt.

3 Den norske skyldregelen og EU-modellenes bidrag til å løse eksisterende utfordringer

3.1 Utgangspunkter

Som det fremgår av introduksjonen til artikkelen, har forslagene til overnasjonal regulering av brukerens ansvar vært foranlediget av påstander om at skyldregelen kommer til kort i møte med KI-teknologiens særegenheter. I rapporter initiert av EU-kommisjonen før fremleggelsen av AI-ansvarsdirektivet den 28. september 2022 trekker man særlig frem problemene med å identifisere en person som skulle ha handlet annerledes, utfordringer knyttet til å dokumentere aktuelle feil, og vanskeligheter for skadelidte med hensyn til å påvise konkrete ansvarsbetingende feil på et skyldgrunnlag.⁸⁷ Problemene skyldes ifølge Koch og Karner, som deltok i den internasjonale juridiske ekspertgruppen, at autonome prosesser basert på kunstig intelligens ofte erstatter den menneskelige faktor i styringen av en rekke risikofylte innretninger.⁸⁸

I det følgende skal det analyseres i hvilken grad det oppstår særlige problemer med å anvende skyldregelen på grunn av KI-systemenes særegne risikoprofil. Det skal videre diskuteres i hvilken utstrekning forslagene til løsninger i EU-modellene eventuelt avhjelper de spesifikke problemene. Artikkelens ramme gir kun mulighet til å drøfte enkelte grunnproblemer knyttet til den alminnelige skyldregelen i Norge.

Selv om produsenten følger kvalitetssikrings- og testingsprosedyrer i AIA før KI-systemet slippes på markedet, vil risikoen knyttet til systemets autonomi og datagrunnlag ikke uten videre være fjernet. Artificial Intelligence Act stiller som nevnt krav om at risikoen skal minimeres, ikke at den skal fjernes fullstendig. En viss utviklingsrisiko er det toleranse for, også for høyrisikosystemer. Etter nytt forslag til produktansvarsdirektiv skal fritak for ansvar for denne typen risiko bli obligatorisk, jf. forslaget til revisjon av produktansvarsdirektivet art. 10, nr. 1, bokstav e. EUs produktansvarsdirektiv inneholder i dag en fakultativ adgang for medlemslandene til å fritta produsent/forhandler for såkalt utviklingsrisiko i situasjoner hvor

⁸⁷ Expert Group on Liability and New Technologies New Technologies formation, Liability for Artificial Intelligence and Other Emerging Digital Technologies, 2019, DOI: 10.2838/573689, s. 23, Report from The Commission to the European Parliament, The Council and The European Economic and Social Committee, Report on the safety and liability implications of Artificial Intelligence, the Internet of Things and robotics, 19.2.2020, COM (202) 64 final, s. 16. Den sistnevnte rapporten bygger på den første.

⁸⁸ M.A. Geistfeld, E. Karner og B.A. Koch i M.A. Geistfeld, E. Karner, B. Koch og C. Wendehorst (eds.), *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, 2023, s. 11.

defekten i systemet blant annet skyldes at forskningen og den tekniske utviklingen ennå ikke har sett sikkerhetsrisikoen eller har klart å løse den.

Hvis produsenten i fremtiden blir fritatt for ansvar for utviklingsrisiko i KI-systemer, må ansvaret for slike feil i utgangspunktet bero på om brukeren kan stilles til ansvar etter alminnelige skyldregler. Et spørsmål er blant annet hvorvidt skyldregelens forutsetning om at skaderisikoen må være påregnelig for den aktuelle skadevolderen, medfører at det er skadelidte som må bære risikoen for den alminnelige kunnskapsmangelen i samfunnet. En slik kunnskapsmangel kan også ses som et utslag av mangel på forskning på autonome algoritmer som gir oss hensiktsmessige redskaper til å forklare og forutsi prosessene som følge av maskinlæring.

3.2 Skyldregelens kunnskapskrav og betydningen av en generell kunnskapsmangel

Skyldregelens krav om at den påståtte skadevolderen skal kunne handle annerledes, bygger på to forutsetninger knyttet til at skaden skal være påregnelig for skadevolderen: Dersom skadevolderen skal kunne klandres for ikke å ha handlet annerledes, må han/hun forventes å ha kunnskap om risikokildens skadepotensial. Ettersom kravet om kunnskap knyttes til kravet om risikoreduksjon, må kunnskapen være tilgjengelig for brukeren senest på det tidspunktet han/hun sist kunne handlet annerledes.⁸⁹

Kunnskapskravet rettet mot skadevolderen er etter den alminnelige skyldregelen i utgangspunktet begrenset til allmennkunnskapen i samfunnet, men kan skjerpes for skadevoldere i profesjonelle roller.⁹⁰ Der forskning på risiko ved KI-systemene på ulike bruksområder er begrenset, kan kunnskapssituasjonen på det tidspunktet da skaderisikoen realiserte seg, derfor i teorien sette begrensninger for skyldansvaret.

De generelle erstatningsrettslige utgangspunktene for innholdet i denne rettssetningen kommer til uttrykk i Ubåtdommen i Rt. 1973 s. 1364. Saken gjaldt en norsk ubåt som kjørte inn i trålen til et fiskefartøy. Skaden skjedde fordi ubåtens sonar ikke var i stand til å registrere trålen i vannet. Staten ble saksøkt for tapet som følge av skaden på trålen. Staten ble frifunnet for skyldansvar og ulovfestet objektivt ansvar, under dissens 3-2.

Førstvoterende stilte spørsmålet om det var forsvarlig av besetningen å regne med at ubåtens sonarutstyr ville registrere trål i vannet og formidle lyden på en måte som utelukket forvekslinger. Oppfordringen til å reagere på risikoen knyttes altså til å stole på teknologien og at den bidro til tilstrekkelig risikoreduksjon i seg selv. På bakgrunn av praktisk erfaring hadde forsvaret i ubåtsaken lagt til grunn at sonaren ville kunne registrere gjenstander som trål i vannet. På skadetidspunktet var det imidlertid lite forskning og informasjon om sonarens registrerings- og formidlingsevne knyttet til trål. Mannskapet på båten kunne derfor ikke bebreides for å ta feil på dette punktet.

Utgangspunktet er altså at profesjonelle brukere må kunne forventes å sette seg inn i den tilgjengelige kunnskap om KI-systemets begrensninger – som øker risikoen for skade. Når det er allment kjent at nye KI-systemer kan innebære uforutsigbarhet, økes imidlertid

⁸⁹ N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 188–189 og s. 209.

⁹⁰ Se til dette N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 178 flg.

forventningene om at brukeren tar forholdsregler. Dette kunnskapskravet fremgår uttrykkelig av forslaget til AIA art. 29 nr. 2, og kan utledes som en forpliktelse for profesjonelle brukere. Når det er sagt, begrenses brukerens forpliktelse til et krav om å sette seg inn i og følge produktets brukerinstruksjoner. De innholdsmessige krav til bruksanvisninger i AIA går allikevel på enkelte punkter atskillig lenger enn for andre produkter. Dette skjerper også indirekte kravene til brukerens kunnskap om og årvåkenhet i forhold til systemets risiko og begrensninger. En brukerinstruksjon for høyrisikosystemer skal ifølge AIA art. 13 nr. 3 bokstav b punkt (ii) inneholde opplysninger om KI-systemets egenskaper, kapasitet og begrensninger for yteevnen. Den skal også opplyse om alle kjente og forutsigbare omstendigheter som kan ha innvirkning på systemets nøyaktighet, robusthet og cybersikkerhet. Dette inkluderer eksplisitt risikoen for personskade ved anvendelse eller feilanvendelse av systemet på det aktuelle bruksområdet, jf. bokstav a punkt (iv). Veiledningen skal herunder opplyse om yteevnen overfor berørte tredjepersoner, som for eksempel en sosial robot som brukes til utdanningsformål for autister.

Kravene til innholdet i brukerinstruksjonene skal sikres overholdt av forhandler og produsent, og slik AIA er formulert, begrenses tilsynelatende også den profesjonelle brukerens kunnskap til de opplysninger produsenten gir i brukerinstruksjonen. Brukeren kan forventes å bli opplyst om *state of the art* knyttet til systemets robusthet og feilmarginer, men er forpliktet til å være oppmerksom på ytterligere risiko i den grad brukeren selv tilpasser produktet med egne data, se art. 29 nr. 3. Også på sistnevnte punkt er imidlertid produsenten forpliktet til å gi relevante opplysninger dersom det er nødvendig med informasjon om hvilke inputdata som kan anvendes i systemet, jf. art. 3 bokstav b punkt (v).

Private brukere omfattes ikke av AIA, og gis ikke særskilte forpliktelser. Her må forventningen til brukerens kunnskap derfor bygge på alminnelige skyldvurderinger. EU-kommisjonens AI-ansvarsdirektiv forutsetter i årsakspresumsjonen at private brukere kjenner brukerinstruksjonen, og av AIA følger det av art. 13 nr. 2 at instruksjonene for høyrisikosystemer skal formuleres kortfattet, fullstendig, korrekt, klart, tilgjengelig og forståelig. Innholdet i brukerinstruksjoner for systemer med begrenset risiko må antas å følge bransjestandarder.⁹¹ I AI-ansvarsdirektivets årsakspresumsjon i art. 4 kan presumsjonen ikke bygge på at brukeren var forpliktet til å ta stilling til betingelsene for systemets drift før aktivisering av systemet, dersom den konkrete brukeren ikke var i stand til å forstå og gjennomføre forpliktelsen. Dette er en snevrere forståelse av kunnskapskravet enn det som følger av den alminnelige culperegelen. Kunnskapskravet skal etter norsk rettspraksis tilpasses rollen til brukeren, men kunnskapskravet er mindre individuelt. Dersom en skadevolder bevisst oppsøker en situasjon som krever mer kvalifikasjoner enn vedkommende har, så skjerpes kunnskapskravet uavhengig av kunnskapene til den individuelle skadevolder.⁹² Skjerpelsen av kunnskapskravet er altså, i motsetning til det som fremgår av direktivforslaget, mer avhengig av situasjonen enn om brukeren opptrer i en rolle som yrkesutøver eller privatperson. Direktivforslaget vil derfor komme brukeren til unnsetning i

⁹¹ EU-kommisjonen forutsetter i avsnitt 81 i forta len til AIA at produsenter/forhandlere tilskyndes til å følge kravene til høyrisikoprodukter i internasjonale standarder («codes of conduct») også for produkter med lavere risiko.

⁹² N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 212.

større grad enn det som følger av den alminnelige skyldregelen, og anvendelsesområdet for direktivets virkemiddel blir tilsvarende begrenset overfor private brukere.

Kunnskapsforutsetningen berøres ikke eksplisitt i EU-parlamentets forslag til brukeransvarsregulering. Dersom man på sikt vedtar et rent objektivt ansvar, vil skade som følge av kunnskapsmangler kunne dekkes for høyrisikosystemer. Når det gjelder systemer med begrenset/normal risiko, vil skyldpresumsjonen med tilbakevisningsmuligheter begrense skyldregelens anvendelsesområde mer indirekte. Tilbakevisningsgrunnene forutsetter at brukeren fulgte sikkerhetsprosedyrer relevante for kunnskapen som var kjent på skadetidspunktet. Når det gjelder EU-kommisjonens AI-ansvarsdirektiv, følger forslaget med unntaket nevnt ovenfor, kunnskapsforutsetningen i den alminnelige skyldregelen.

Det kan i lys av dette konstateres at skadelidte med dagens løsninger vil måtte bære utviklingsrisikoen så lenge den ikke avverges av innebygde kontrollsystemer i KI-systemet selv.

3.3 Kravet til hindringssammenheng – en mulighet til å handle annerledes

Skadevolderens kunnskapsgrunnlag bestemmer hvilke handlingsalternativer som kan forventes og som på skadetidspunktet var mulige. En grunnpremiss for skyldregelen er imidlertid også at risikoreduserende tiltak *faktisk* kan gjennomføres. Hva som er effektive handlinger, er nær knyttet til skadesituasjonen.⁹³ Det må derfor tas hensyn til hvordan den konkrete teknologien fungerer, og til bruksområdet.

På bakgrunn av dette er det nyttig å skille mellom hovedområder for bruk av teknologien, som også er vesentlige for begrensningene i AI-ansvarsdirektivets virkeområde. Etter kommisjonens forslag til AI-ansvarsdirektiv får direktivet ikke anvendelse der et KI-system kun gir informasjon, fakta eller anbefalinger til et menneske som tar en beslutning, se fortalen avsnitt 15. Den kunstige intelligensen er i slike tilfeller *en årsaksfaktor i en beslutningsrekke*, med en feilmargen og usikkerhet som brukeren må ta høyde for. Dette unntaket har stor praktisk betydning. De fleste KI-systemer på markedet i dag har nettopp dette formålet.

I praksis brukes kunstig intelligens til å løse problemer på måter mennesker ikke er i stand til, og på måter som ligner på menneskelige tankemønstre. Kunstig intelligens er i dag mest utbredt i den første kategorien.⁹⁴ I førstnevnte tilfelle blir algoritmen programmert til å gjenkjenne mønstre i form av ord eller tall i en enorm informasjonsflom, blant annet de nevnte røntgenbilder til radiologiske undersøkelser. Den menneskelige rasjonalitet er verken i stand til å håndtere informasjonsmengden, identifisere relevant likhet på samme måte, eller å tolke betydningen av sammenhengene mellom variablene i etterkant.⁹⁵ Resultatene fra en algoritme som er satt til å tolke bilder av menneskelig vev for å oppdage brystkreft, vil ikke kunne etterprøves av en lege basert på bildene alene. Og atferden til en algoritme som kjøper og selger aksjer basert på et bestemt mandat i markedet, vil ikke kunne stoppes eller uten

⁹³ Se om betydningen av sakens faktum, J. Hygen Meyer, *Erstatningsrettens årsakskrav*, 2021, s. 283.

⁹⁴ A.D. Selbst, «Negligence and AI's Human User», 100 *B.U.L.Rev.* 2020, s. 1315 flg. på s. 1333–1334.

⁹⁵ Se A.D. Selbst, «Negligence and AI's Human User», 100 *B.U.L.Rev.* 2020, s. 1315 flg. på s. 1333 flg. om de to kategoriene mer generelt.

videre etterprøves av tilbyderen av tjenesten til kundene før tapet har oppstått.⁹⁶ Det nøyaktige årsaksforløpet er altså vanskelig å forutse.⁹⁷

Enkelte algoritmer for å stille medisinske diagnoser og rådgivningstjenester basert på anbefalinger og prediksjoner fra algoritmer vil på tross av dette falle utenfor det foreslåtte AI-ansvarsdirektivet. På begge områder vil ansvaret kun reguleres av en alminnelig faglig standard for forsvarlig praksis på det aktuelle området.⁹⁸

Når dette er sagt, er ikke skaden uten videre upåregnelig, men den tar en mer abstrakt form. Så lenge man vet hvilket miljø algoritmen skal fungere i, og hvilket formål den har, vil man stort sett kunne forutse hvilke interesser som kan bli skadelidende. Brukeren vil altså ofte kunne forutse *hvilke retninger en årsaksrekke kan ta*, selv om det er vanskelig å forutse den utløsende årsaksfaktoren.⁹⁹

Etter skyldregelen må spørsmålet da bli om det i det hele tatt var forsvarlig å bruke teknologien til det aktuelle formålet. Et viktig spørsmål i denne forbindelse er om brukeren har foretatt tilstrekkelige risikoanalyser i forkant. Hva som kreves av risikoanalyser, vil blant annet bero på om systemet etter AIA anses som høyrisiko, og eventuelle nasjonale godkjenningsordninger.¹⁰⁰

Om vernet etter skyldregelen vil slå forskjellig ut, vil være helt avhengig av bruksområdet. På noen områder, som gjelder rent formuestap, vil for eksempel skyldregelens argumentasjonslinjer fra informasjonsansvaret kunne brukes som før. Dersom tilbyderen/brukeren har gitt tilstrekkelig informasjon til en kunde som kjøper et produkt for fondssforvaltning drevet av et autonomt KI-system, vil algoritmens mer abstrakte feilmargen kunne aksepteres av kunden med ansvarsbefriende virkning. Dette forutsatt at produktet med tilhørende opplyst risiko er tilbudt til en rimelig pris. Skyldregelen skaper derfor ikke større problemer eller et svakere vern på grunn av den spesifikke risikoen ved teknologien.

Den samme konklusjonen kan ikke uten videre trekkes der et diagnoseverktøy brukes istedenfor en lege med spesialkompetanse, blant annet der verktøyene innføres for kunne fange opp flere pasienter med en spesifikk lidelse. Et eksempel godkjent for bruk i USA er IDx-DR, som muliggjør at allmennleger/helsepersonell som selv ikke har forutsetninger for å stille diagnosen diabetisk retinopati kan bidra til at flere pasienten får avdekket lidelsen på et tidlig stadium. I europeisk sammenheng er det usikkert om diagnoser som blir stilt på denne måten vil bli ansett som en beslutning tatt av allmennlegen/helsepersonellet eller KI-systemet alene. Dette skyldes de tekniske kravene til «human oversight» i AIA, se (EU-parlamentets forslag) art. 4a. Men er systemet godkjent, brukt riktig, men likevel gir feil resultat for en pasientgruppe på grunn av irrelevante parametere som har oppstått under maskinlæring, er dette en type svikt som ikke uten videre fanges opp av de objektive elementer i

⁹⁶ Dette forutsatt at modellen som brukes, er fullautomatisert.

⁹⁷ A.D. Selbst, «Negligence and AI's Human User», 100 *B.U.L.Rev.* 2020, s. 1315 flg. på s. 1337–1338. Denne kunnskapsbegrensningen relaterer seg til dagens teknologi.

⁹⁸ Se HR-2017-687-A avsnitt 39 for pasientskadeerstatningsloven § 2 første ledd bokstav a, om vurderingstemaet for hva som kan anses som svikt i helsehjelpen.

⁹⁹ A.D. Selbst, «Negligence and AI's Human User», 100 *B.U.L.Rev.* 2020, s. 1315 flg. på s. 1345–1346.

¹⁰⁰ Se for eksempel kravene til risikoanalyse i lov av 15. desember 2017 om utprøving av selvkjørende kjøretøy i vanlig trafikk, og forskrift av 19. desember 2017 om utprøving av selvkjørende motorvogn (særlig § 10).

skyldvurderingen. Det er ikke gitt at helsepersonellet kunne handlet annerledes for å unngå skaden.

Etter Parlamentets forslag til objektivt ansvar for høyriskosystemer, skaper ikke «rådgivende algoritmer» særskilte problemer. Når det gjelder systemer med normal risiko, der en skyldpresumsjon etter Parlamentets forslag gjelder, vil det ubetingede ansvaret for feil utløst av algoritmens autonomi kunne komme skadelidte til unnsetning.

Når det gjelder anvendelse av årsakspresumsjonen etter AI-ansvarsdirektivet, fremstår imidlertid skillet mellom fullautonome og delvis autonome rådgivende KI-systemer i de ovenfor gjennomgåtte skadesituasjonene helt ubegrunnet.

De skadesituasjoner som EU-organene først og fremst har hatt for øyet, er der person- og tingsskade skjer gjennom fysisk eller psykisk påvirkning. Her krever den alminnelige skyldregelen at brukeren har mulighet til å hindre den uønskede virkningen i KI-systemet, som førte til skaden. Et eksempel som kan illustrere dette er psykologisk skade ved bruk av sosiale roboter, med det forbehold at skadeevnen til slike roboter vil avhenge av hvilke tekniske krav som stilles, hvor og med hvilket formål de tillates brukt og at de brukes i et visst omfang.

Sosiale roboter kan beskrives som KI-systemer som er i stand til å interagere autonomt i samvirke med mennesker.¹⁰¹ Studier har vist at roboter kan være i stand til slik interaksjon uten profesjonell, menneskelig kontroll og overvåkning. Roboten har et integrert kontrollsystem basert på algoritmer, såkalt «kognitiv arkitektur».¹⁰² Arkitekturen kan gjøre det mulig for roboten å kommunisere gjennom språk. Maskinen kan analysere fysiske omgivelser, gjenkjenne personer og objekter og ha en viss evne til hukommelse. Den kan videre være i stand til en viss interaksjonsplanlegging og bevegelse basert på fysiske begrensninger i omgivelsene.

Det forskes for tiden på sosiale roboter til bruk for omsorgsoppgaver for eldre mennesker og demente. Robotene utprøves også for utdanningsformål og til læring av sosiale ferdigheter. Et område for de sistnevnte er autistiske barn.¹⁰³ Brukeren vil i disse tilfellene kunne være barnehage, skole eller omsorgsinstitusjoner. En eventuell skade kan skje gjennom subtil feilpåvirkning over tid, blant annet som følge av uheldig maskintilpasning til en sårbar gruppe.¹⁰⁴ Det er grunn til å tro at sosiale roboter brukt til slike formål i stor grad vil bli klassifisert som høyriskosystemer etter AIA.¹⁰⁵

¹⁰¹ T.J. Prescott og J.M. Robillard, «Are friends electric? The benefits and risks of human-robot relationships», *iScience*, 26 December 2020, doi: [10.1016/j.isci.2020.101993](https://doi.org/10.1016/j.isci.2020.101993), s. 2.

¹⁰² L.c.

¹⁰³ T.J. Prescott og J.M. Robillard, «Are friends electric? The benefits and risks of human-robot relationships», *iScience*, 26 December 2020, doi: [10.1016/j.isci.2020.101993](https://doi.org/10.1016/j.isci.2020.101993), s. 1 med videre henvisninger.

¹⁰⁴ Se eksempler på skadeårsaker som kan føre til personskade ved bruk av sosiale/terapeutiske chatbots, i M.K. Hauglid og T. Mahler, «Doctor Chatbot: The EU's Regulatory Prescription for Generative Medical AI», *Oslo Law Review*, 30 June 2023, <https://doi.org/10.18261/olr.10.1.1>, punkt 7.1.

¹⁰⁵ Dette skyldes blant annet bruken av generativ kunstig intelligens, eller at KI-systemet kan anses som en sikkerhetskomponent i maskinen. Innfallsporten til høyrisiko kan være den tidligere nevnte maskinforordningen, og i noen kontekster vil de sosiale robotene måtte anses som medisinsk utstyr, jf. AIA bilags II, fordi det kreves en tredjepartsvurdering av om produktet tilfredsstillende ytelses- og produktsikkerhetskravene etter EU Medical

I slike skadesituasjoner er forskjellene i ansvarsmodellene til EU-parlamentet og EU-kommisjonen betydelige. Hvis KI-systemet reguleres av et rent objektivt ansvar etter EU-parlamentets modell, oppstår klart nok ingen rettslige spørsmål knyttet til hindringssammenhengen mellom brukerinstusjonens unnlatelser og feilpåvirkningen fra roboten, dersom roboten klassifiseres som høyrisikosystem. Dersom roboten/systemet karakteriseres som begrenset risiko, og faller inn under skyldpresumsjonen i EU-parlamentets modell, blir det heller ikke viktig å finne årsaken til feilutslaget i KI-systemet og påvise sammenhengen med brukerens feil, på grunn av skyldpresumsjonen/den omvendte bevisbyrde for skadevolderen. Og hvis brukerinstusjonen ikke har fulgt de forventede sikkerhetsprosedyrer og dermed ikke kan tilbakevise skyldpresumsjonen, kan brukeren likevel ikke unngå ansvar ved å godtgjøre at feilen skyldes autonomien i KI-systemet. EU-parlamentets forslag uttrykker, som nevnt, eksplisitt i art. 8 andre ledd første setning at KI-systemets autonomi ikke er en gyldig innsigelse fra brukeren.

Men etter EU-kommisjonens forslag til årsakspresumsjon i AI-ansvarsdirektivet gis det kun en svak beviskrav-lettelse. Sammenhengen mellom det utdannelsesinstusjonen skulle ha gjort for å hindre skaden, og feilen i KI-systemet må dokumenteres på alle punkter. Dersom roboten skulle ha vært testet eller overvåket i større grad, og dette innebærer et brudd på instruksjonen i bruksanvisningen, og instusjonen i tillegg har brutt lovfestede sikkerhetsregler, tilbys etter direktivet kun et svakere beviskrav når det gjelder hindringssammenhengen mellom lovbruddet og feilen i KI-systemet i den sosiale roboten. Årsakssammenhengen mellom feilen i KI-systemet og skaden må bevises med full styrke. Skadelidte står derfor svakt i møte med feil knyttet til algoritmens autonomi og mangler i datagrunnlaget, selv om roboten karakteriseres som høyrisiko.

4 Forholdet mellom EU-parlamentets objektive ansvarsmodell og det ulovfestede objektive ansvaret

4.1 Hvilke risikokilder som omfattes

Da EU-parlamentet lanserte sin modell for objektivt ansvar, ble den – som tidligere nevnt – begrunnet med det samme risikopotensialet som legitimerer det objektive motorvognansvaret i mange land. Kjernen i begrunnelsen for ileggelse av objektivt ansvar var knyttet til en tradisjonell skadeevne vurdering,¹⁰⁶ og i liten grad til andre typer avveininger.

Når dette er sagt, er EU-parlamentets forslag til regel om objektivt ansvar etter sin ordlyd langt mer generell. En fremtidig kobling til høyrisikosystemer etter AIAs definisjoner vil dessuten gjøre ansvarsregimets dekningsfelt atskillig bredere enn de skadesituasjoner

Device Regulation (EU) 2017/745 of The European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) NO 178/2002 and Regulation (EC) NO 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 92/42/EEC. Om risikoklassifiseringen av kunstig intelligens som medisinsk programvare etter AIA, se M.K. Hauglid og T. Mahler, «Doctor Chatbot: The EU's Regulatory Prescription for Generative Medical AI», *Oslo Law Review*, 30 June 2023, <https://doi.org/10.18261/olr.10.1.1>.

¹⁰⁶ Dette gjelder generelt som en begrunnelse for objektivt ansvar i Europa, se B. Koch og H. Koziol, «Comparative conclusions» i *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 2002, s. 407–408.

Parlamentet opprinnelig så for deg. Den komplekse definisjonen av høyriskosystemer i AIA inneholder per i dag likevel mange begrensninger og er uklar i sin fremtidige rekkevidde.

Det norske ansvarsmodellen er derimot svært vidtfavnende med hensyn til hvilke risikokilder som omfattes. Risikoen må etter rettspraksis stamme fra en drift, virksomhet, ting eller innretning, og kan i prinsippet også omfatte algoritmer og systemer. Dette vilkåret utelukker derfor først og fremst enkelthandlinger som grunnlag for ansvaret. Det sentrale for avgrensningen av ansvaret er risikoens karakter, og det avgjørende er om skaderisikoen fremsto som stadig, typisk og ekstraordinær i lys av de konkrete omstendighetene i skadesituasjonen.¹⁰⁷

På denne bakgrunn er det interessant å diskutere hvilke generelle trekk som skiller den norske ansvarsmodellen fra EU-parlamentets modell, og om den norske modellen fanger opp risikoprofilen knyttet til KI-systemer. Det skal videre undersøkes om det norske objektive ansvaret har et bredere anvendelsesområde enn EU-forslaget, når det gjelder skade forårsaket av KI-systemer. Det sistnevnte kommer på spissen hvis EU går for en fullharmonisering av objektivt ansvar for høyriskosystemer, og utelukker supplerende nasjonale objektive regimer som enten har et bredere anvendelsesområde eller er utformet som hybridvarianter av objektivt ansvar, og for eksempel forutsetter en svikt.

Dersom EU-modellen kobles til høyriskodefinisjonen i AIA vil typen risikokilde i de fleste tilfeller bli helt avgjørende for rekkevidden av ansvaret. Dette blir en følge av at EU-regelverket for produktsikkerhetsregulering som er opplistet i AIA bilag II, er en av to innfallsporter til høyriskoklassifiseringen. I listen inngår i så måte maskiner, leketøy, heiser, sikkerhetssystemer brukt i en eksplosjonsfarlig atmosfære, radioutstyr, trykkutstyr, utstyr til fritidsfartøy, taubaneanlegg, gassapparater, medisinsk utstyr og vitro-diagnostisk medisinsk utstyr. De nevnte produkter eller en sikkerhetskomponent i slike produkter er høyrisiko etter AIA, hvis de må undergis en tredjepartsvurdering etter en av de nevnte produktsikkerhetsregelverkenes kriterier, se forslaget til AIA art. 6 nr. 1 bokstav a. Flere av disse produktene klassifiseres som høyrisiko på grunn av helt andre egenskaper enn den særlige risikoprofilen for KI-systemer. I maskinforordningen får særtrekket ved KI-systemer/algoritmer eksempelvis først betydning i én av seks høyriskokategorier i direktivet. Dette forutsatt at algoritmen fyller en sikkerhetsfunksjon på en slik måte at en feil i algoritmen vil utgjøre en risiko for sikkerheten eller helsen til eksponerte personer. I maskinforordningens bilag V listes det så opp hva som kan anses som sikkerhetskomponenter i en maskin. Et av få eksempler som er relevante for KI-systemer og kan føre til personskade på andre enn brukeren selv, er punkt 2 på listen: «protective devices to detect the presence of persons».

Under de kritiske områdene som listes opp i AIA bilag III, for eksempel kritisk infrastruktur, er risikokilden også sentral. Ettersom det er tale om KI-systemer, vil risikoen her imidlertid være knyttet til bestemte egenskaper ved det aktuelle KI-systemet som brukes. Om EU-kommisjonen vil definere de aktuelle risikokildene nærmere når den eventuelt bruker sin kompetanse til å spesifisere faktiske omstendighetene som utgjør høyrisiko på de kritiske områdene, er per i dag uklart, jf. art. 6 nr. 2 andre ledd i Parlamentets forslag til AIA. På

¹⁰⁷ HR-2019-52-A avsnitt 35.

nåværende tidspunkt er det heller ikke avgjort hvorvidt de aktuelle risikokildene vil bli mer konkretisert når kommisjonen bruker sin kompetanse etter art. 7 nr. 2 til å legge til eller fjerne underkategorier innenfor de kritiske områder i bilag III. I praksis kan altså kommisjonen spesifisere KI-systemer med konkrete formål som utgjør høyrisiko, i forbindelse med for eksempel elektrisitetsforsyning.

Det man så langt vet, er at Kommisjonen kan legge vekt på visse uttømmende kriterier i sin utvelgelse, slik som KI-systemets generelle kapasitet og spesifikke funksjonalitet, karakteren og mengden av data som er brukt og som prosesseres gjennom systemet, samt graden av mulighet for at systemet kan fungere autonomt.

Allerede ut fra de opplysninger vi har om høyrisikokildene i AIA, kan vi dermed se konturene av et objektivt ansvar som har et snevrere virkeområde enn det norske ulovfestede objektive ansvaret. Det er dessuten viktig å merke seg at det objektive ansvaret etter EUs modell også på enkelte områder kan bli strengere enn den norske reguleringen. Dette gjelder blant annet for KI-produkter brukt under medisinsk behandling, som i Norge er sektorregulert og forutsetter svikt, og dermed avviker fra alminnelig god praksis, ved medisinsk behandling, jf. pasientskadeloven § 2 første ledd bokstav a.¹⁰⁸ I EU-parlamentets forslag til objektivt ansvar for brukerne inkluderes også KI-systemer som brukes til beslutningsassistanse, og diagnosesystemer er særskilt nevnt som høyrisikosystemer i fortalen til AIA avsnitt 28.

4.2 Betydningen av kvalifisert risiko i de to modellene

En konsekvens av å binde vilkåret for et objektivt ansvar til produktklassifiseringen i AIA er at det mangler en entydig grunntanke eller begrunnelse for hva som anses som en ansvarsbetingende risiko. Kravet til risikoen vil bli ulikt alt ettersom produktet som KI-systemet er integrert i, på forhånd avgjør om risikoen er tilstrekkelig kvalifisert (for eksempel etter bilag II, når det kreves en tredjepartsvurdering), eller om det er bruksområdet som avgjør (etter bilag III). Dette blir resultatet selv om det uttales uttrykkelig i fortalen avsnitt 27 at definisjonen av høyrisikosystemer bør begrenses til systemer som utgjør en betydelig risiko for personskade, menneskers sikkerhet og grunnleggende rettigheter. Etter delegasjonsbestemmelsen i AIA art. 7, som gjør det mulig for Kommisjonen å legge til eller fjerne underkategorier på de kritiske områdene, skal det legges vekt på antallet potensielle skadelidte og om skaden er irreversibel, når høyrisiko defineres. Men betydningen av skadeevnekriteriet er lite konsekvent i reguleringsforslaget. Det er med andre ord vanskelig å utlede hvilken betydning KI-systemenes særegne risikoprofil har for vurderingen utover to grunnleggende tilnæringer: 1) det selvlærende og helt eller delvis autonome systemet har en sikkerhetsfunksjon og er integrert i en innretning som utgjør høy risiko for personskade (og grunnleggende rettigheter), og 2) KI-systemet utgjør en betydelig skaderisiko etter en tradisjonell skadeevnevurdering innenfor de nærmere angitte kritiske områdene (i bilag III).

Risikovurderingen i EU-modellen har på bakgrunn av dette få direkte paralleller til risikovurderingen etter det ulovfestede objektive ansvaret.¹⁰⁹ Kjernen i det ulovfestede

¹⁰⁸ Det kan nevnes her at det også finnes en objektiv ansvarshjemmel i pasientskadeloven § 2, første ledd, bokstav b, for skade som følge av teknisk svikt i apparat, redskap eller annet utstyr til bruk ved ytelsen av helsehjelp, som kan tenkes å komme til anvendelse ved noen typer feilutslag i AI-systemer.

¹⁰⁹ Slik N. Gjelsvik, «Om skadeserstatning for rettmæssige handlinger efter norsk rett», *Tidsskrift for Retsvidenskab*, 1897, s. 37.

objektive ansvaret er fortsatt «farlige bedrifter», der både skadeevnevurderingen og det uventede og ekstraordinære i skademåten er det sentrale.¹¹⁰ Dette forutsatt at skaderisikoen er påregnelig i den forstand at den til en viss grad kan innkalkuleres og statistisk beregnes.

Kjernen i begrunnelsen for det norske ansvarsgrunnlaget er derfor en påregnelig, men *unormal skadeevne i art og grad*. Begrensningen av det objektive ansvaret til en unormal skadeevne er imidlertid forlatt, og må anses å ha bortfalt allerede i det første klare prejudikatet i Vannledningsdommen i Rt. 1905 s. 715.¹¹¹ I dag er det ikke tvil om at det norske ansvars dekningsområde rekker betydelig lenger, selv om skadeevnen fremdeles er en sentral komponent i den materielle begrunnelsen.¹¹² Det er heller ikke bare i unntakssituasjoner at ansvar utenfor området for «farlige bedrifter» kan tenkes. Høyesterett uttaler i Rt 2014 s. 656 avsnitt 34 at det «finnes utvilsomt områder der hensynene bak det ulovfestede objektive ansvaret står enda sterkere enn på vann- og avløpssektoren, hvor det først og fremst er materielle verdier som er eksponert, og virksomheten har et visst preg av servicetiltak uten kommersielle formål [...]. Men vi er likevel etter mitt syn ikke i randsonen av ansvaret».

Risikovurderingen som følger av norsk rettspraksis om det ulovfestede ansvaret, er følgelig bredere og mer fleksibel enn det som følger av skadeevnekriteriet alene. Kvalifisert risiko er heller ikke tilstrekkelig.¹¹³ Det skal etter rettspraksis foretas en avsluttende helhetsvurdering, der man vektlegger erstatningsrettens legislative hensyn, overordnede hensyn av samfunnsmessig karakter og hensynet til partene.¹¹⁴ Ansvarsmodellen bygger dermed på styrende legislative hensyn og en kobling av disse til risikovurderingen, som gjør ansvarsvurderingen mer utviklingsdyktig og forutsigbar som et ansvarsgrunnlag enn EUs definisjon av høyrisikosystemer.

4.3 Nærmere om vilkåret ekstraordinær risiko

På bakgrunn av rettspraksis er det argumentasjonsmessige tyngdepunktet i den norske ansvarsmodellen fremfor alt om skaderisikoen er ekstraordinær. Det er det ekstraordinære ved risikoens art og grad som gir den positive begrunnelsen for det objektive ansvaret. Sett fra skadelidtes perspektiv må risikoen representere et avvik fra det skadelidtegruppen vanligvis kan forvente.¹¹⁵ Avviket i art og grad retter seg først og fremst mot typen skadeutslag, og relaterer seg i sin kjerne til en skadeevne – sannsynligheten for at skade kan inntre, og mulige skaders omfang.¹¹⁶ Nygaard presiserer at avviket i art både kan relatere seg til *typen* skade som kan skje, og *måten* skaden kan skje på.¹¹⁷ Skadeevnen kan ikke anses som et minstekrav, men gir opphav til momenter som har betydning i en bredere vurdering. Etter norsk

¹¹⁰ Se blant annet uttalelsen i Rt. 2006 s. 690 avsnitt 52.

¹¹¹ Slik også Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 179–180.

¹¹² Se blant annet i Rt. 2014 s. 656 avsnitt 35.

¹¹³ Det er sjelden en ansvarsmodell baserer seg på skadeevnekriteriet alene, også i europeiske land for øvrig. Dette medfører også at kravet til høy skaderisiko i en del tilfeller blir nedtonet. Se B. Koch og H. Koziol, «Comparative conclusions», i *Unification of Tort Law: Strict Liability*, 2002, s. 410 flg. og 412 flg.

¹¹⁴ Slik Rt. 2003 s. 1546.

¹¹⁵ N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 266.

¹¹⁶ Se Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 185–191, og definisjonen av begrepet i Gulvlukedommen – Rt. 1991 s. 1303 på s. 1306.

¹¹⁷ N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 272.

rettspraksis er det likevel ikke tilstrekkelig for objektivt ansvar at det er en uvanlig risiko, hvis den ikke har et visst skadepotensial.¹¹⁸

De nevnte karakteristika ved skaderisikoen fanges også langt på vei opp i prinsippet som ligger til grunn for ansvarsmodellen til EU-parlamentet. Det angis i definisjonen at skadeevnets «significant potential» blant annet beror på om skademåten fremtrer som «random and goes beyond what can reasonably be expected», se forslaget art. 3 bokstav c. Hva som ligger i dette, kan anses nærmere konkretisert blant annet i maskinforordningen, der sikkerhetskomponenter bestående av helt eller delvis autonome algoritmer i maskiner er særskilt nevnt.

Hva som er referansepunktet for sammenligningen mellom normal risiko og hva som «goes beyond what can reasonably be expected» finner vi imidlertid i liten grad omtalt i Parlamentets forslag. I norsk sammenheng er målestokken, ifølge HR-2019-52-A, *dagliglivets risiko*. For å kunne betraktes som ekstraordinær må risikoen være «vesentlig større enn den man generelt møter i samfunnet», se dommens avsnitt 35. I dette ligger først og fremst at risikoen med tilhørende skadeutslag må være av en annen type enn det som skadelidtegruppen kan forvente å møte i dagliglivet ellers. Et slikt perspektiv er helt fraværende i AIA, utover enkelte av de spesifikke KI-praksisene på de kritiske områdene som nevnes i AIA bilag III.

Som Hagstrøm og Stenvik påpeker, er det noe uklart hva «dagliglivets risiko» refererer til. Begrepet er flertydig, også slik det er benyttet i rettspraksis. De nevnte forfatterne konkluderer likevel med at det er referansen til risiko mer generelt i samfunnet som er hyppigst brukt.¹¹⁹ Dette kan for så vidt være riktig i lys av de skadesituasjoner og skadelidtegrupper som har vært aktuelle i de nevnte dommene. Men i noen grad må vurderingen også justeres til livsområdet.¹²⁰

Startpunktet for differansebetraktningen må etter norsk rett ta utgangspunkt i den bestemte risikokilden. Den må representere et særegent risikopotensial.¹²¹ I en analyse som gjelder KI-systemer, bør ikke utgangspunktet for vurderingen være den generelle virksomheten systemet er integrert i,¹²² men den særegne risikoen ved KI-systemet i de aktuelle omgivelsene. En slik presisering fremgår kun i begrenset grad av EUs høyrisikomodell, og gjør seg kun gjeldende der KI-systemet er en sikkerhetskomponent, eller der bruken av systemet utgjør høyrisiko på de kritiske områder (bilag III). I de nevnte tilfellene har KI-systemet i seg selv avgjørende

¹¹⁸ Og en risiko med høy skadeevne er heller ikke uten videre ansvarsbetingende etter det ulovfestede objektive ansvaret. Se blant annet Røykedommen Rt. 2003 s. 1546, der tobakksprodusenten ble frifunnet, og faren for alvorlig sykdom og død isolert sett ble ansett som ekstraordinær.

¹¹⁹ Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett* 2019, s. 193.

¹²⁰ Se Åsane-dommen fra Rt. 1957 s. 1011, der sammenligningsgrunnlaget var risikoen på veinettet i Norge mer generelt.

¹²¹ Enkelte forfattere behandler dette aspektet under typisk risiko, se Hagstrøm og Stenvik på s. 201, som skriver: «Det som kreves, er at *risikoen knytter seg til faktorer som er karakteristiske* for den skadevoldende innretning eller virksomhet, og at den er av et slag *som ikke er utbredt i samfunnet ellers.*» Også i rettspraksis er begrepsbruken varierende, og uttrykkene *særpreget/særegent* faremoment synes til dels å være synonymmer til ordet «ekstraordinært» og til dels å fange inn at risikoen må være typisk for den aktuelle risikokilden. Poenget synes å være at skadeutslaget må ha årsakssammenheng med en påtakelig/ekstraordinær risiko ved driften, tingen eller innretningen.

¹²² Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 183, og når det gjelder KI-systemer, se C. Wendehorst, «Strict liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law*, 2020 nr. 1, s. 150 flg. på s. 165.

innflytelse på om en drift eller virksomhet er en «farlig bedrift». KI-systemet kan likevel ikke ses isolert fra bruksområdet, og slike momenter ivaretas også for noen produkter, som leketøy, opplistet i bilag II i AIA.

Norsk rettspraksis synes videre å vektlegge hvorvidt skadeutslaget i den konkrete saken er utløst av en teknisk svikt.¹²³ Implisitt i dette vektlegges blant annet hvorvidt risikoen skyldes en faktor av uforutsigbar karakter, sammenlignet med den risikotypen som skadelidte ellers møter på samme livsområde.¹²⁴ Enkelte dommer kan også oppfattes slik at momentet vektlegges i den avsluttende helhetsvurderingen. Uforklarlige og uforutsette «sammenbrudd» eller feilresponser i KI-systemer har qua natur flere likhetstrekk med slike risikoutslag.¹²⁵ Det kan sammenlignes med «sammenbrudd» i maskineri, som tidlig ble omfattet av den norske modellen. Typen feilutslag er nokså fraværende som ansvarsbegrunnelse i EU-modellen, utover at det, blant annet i maskinforordningen, i noen tilfeller legges vekt på det særegne ved selvlærende algoritmer.

Teknisk svikt skyldes imidlertid ofte årsaksfaktorer som tilfredsstillende vilkåret om å være en defekt/sikkerhetsmangel etter produktansvaret, jf. nytt forslag til nytt produktansvarsdirektiv art. 6. Det kan blant annet handle om en mangelfull standard på en eller flere komponent(er) som samvirker i systemet. Sikkerhetsmangelen kan videre skyldes algoritmens design og manglende egnethet for oppgaven. Sist, men ikke minst, kan det handle om kvalitetssikringsprosessen hos produsenten, der datatilfanget er utilstrekkelig eller testingen av algoritmen under maskinlæring er mangelfull.¹²⁶ Risikoen ved slike feil er det ikke opplagt at en sluttbruker skal bære. I den norske modellen vil de legislative hensyn, og samfunnshensyn og hensynet til partene, kunne tale mot et ulovfestet objektivi ansvar for tilsvarende type feil. Dette må i så fall vurderes i den avsluttende helhetsvurdering, som skal behandles nærmere i punkt 4.6.

4.4 Nærmere om vilkåret typisk risiko

Etter norsk rett er det en klar ansvarsforutsetning at skaderisikoen/skadeutslaget må anses som en typisk risiko for driften, virksomheten eller innretningen. Dette vil utelukke skadeutslag som er utløst av enkeltstående, utenforliggende årsaker, eller andre typer risikoer ved driften, innretningen eller tingen enn dem som relaterer seg til det ekstraordinære skadepotensialet.

¹²³ Se blant annet P. Lødrup (med bistand av Morten Kjelland), *Lærebok i erstatningsrett*, 2009, s. 304. I samme retning V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 227. Om teknisk svikt som egen ansvarsform og betydningen av argumentet i nyere rettspraksis, se V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 227–228.

¹²⁴ Se tilsvarende T.-L. Wilhelmsen for tingskade i næringsdrivendes virksomhet, «Ulovfestet objektivi produktansvar for tingskader i næringsforhold», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2020, s. 165 flg. på s. 181.

¹²⁵ Se T.-L. Wilhelmsen, «Ulovfestet objektivi produktansvar for tingskader i næringsforhold», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2020, s. 165 flg. på s. 177, som påpeker at også svikt i autonome systemer har karakteristika som ligner på kjennetegn ved skadesituasjoner der det har blitt idømt ulovfestet objektivi ansvar på grunn av «teknisk svikt» i ulike innretninger.

¹²⁶ Denne typen mangler vil gjerne være i strid med de tekniske kravene/produksikkerhetskravene i AIA, se avsnitt III kapittel 2. Se lignende eksempler i taksonomien presentert av T. Solvang, «Man, machine, and culpa: Or finding a path toward strict liability», i H. Ringbom, E. Røsæg og T. Solvang (eds.) *Autonomous Ships and the Law*, 2021, s. 98 flg. på s. 100 flg. Forholdet til produktansvaret og vilkåret om sikkerhetsmangel nevnes ikke der.

Det ekskluderer blant annet vanlige risikoer knyttet til tingen eller innretningen som KI-systemet er integrert i, som ikke har noe med KI-systemet å gjøre.¹²⁷ Denne typen ansvarsforutsetning er lite synlig i EU-parlamentets forslag utover fritaket for force majeure som følger av lovteksten.¹²⁸ Vilkårer typisk risiko i den norske regelen innebærer imidlertid noe mer enn en adekvansbegrensning, som kan sammenlignes med det typiske anvendelsesområdet for force majeure, se ovenfor i punkt 2.1.2.1.

Hva som nærmere ligger i vilkåret etter norsk rett, er likevel til dels uavklart. Det er brukt mange ulike uttrykksmåter. Vilkåret innebærer noe mer enn hva som er typisk ut fra en abstrakt, erfaringsbasert påregnelighet og at det må være en rimelig årsaksmessig nærhet mellom den ansvarsbetingende begivenheten og skadefølgen. Hagstrøm og Stenvik tolker det slik at skadeutslaget må stamme fra faktorer karakteristiske for risikokilden.¹²⁹ Dommen i Rt. 1948 s 719 er illustrerende. Saken gjaldt skade som følge av svikt i Havnevesenets fortøyningsbøye. Ansvar ble avvist med den begrunnelse at den materialbrist som inntraff, ikke var en hendelse som særpreget Havnevesenets drift. Det ble vist til at tilsvarende uhell kunne tenkes i nær sagt alle innretninger eller redskaper som nyttes i en virksomhet. Hva som mer positivt kreves for at skadeutslaget skal stamme fra det særegne ved risikokilden, illustreres enda tydeligere ved Gesimsdommen, som også gjaldt en materialbrist som følge av påkjenninger over tid.¹³⁰ Det sentrale i Gesimsdommen var sammenhengen mellom gesimsens karakter, plassering av gesimsen på bygningen og at bygningen lå i en beferdet gate. Det kreves altså det foreligger en årsakssammenheng mellom risikokildens påtakelige skadeevne og den skademåten som gjorde risikoen ekstraordinær for den skadelidte(gruppen) som ble rammet. Når det gjelder KI-systemer må derfor skadeutslaget være utløst av en karakteristisk risiko for den *spesifikke, formålsbestemte* funksjonen til den kunstige intelligensen i systemet.¹³¹ Dersom det ekstraordinære ved KI-systemet knytter seg til de uforutsigbare skadeutslag, er det viktig at ansvarsvurderingen nettopp vektlegger dette.¹³²

Et spørsmål er hvordan man på bakgrunn av utgangspunktene som er redegjort for ovenfor, skal bedømme den risiko som sårbarheten i nettverkssystemer generelt utgjør, som er felles for alle digitale systemer. Et fellestrekk er sårbarhet for påvirkning fra eksterne kilder, som følge av mer eller mindre frivillig sammenkobling mellom ulike nettverkssystemer.¹³³ I

¹²⁷ Sml. her dommen i Rt. 1934 s. 265, som handler om en mann som ble alvorlig skadd da han kjørte inn i en ledningsstolpe. Stolpen og denne typen hendelse representerte ikke en risiko som var særpreget for elektrisitetens drift.

¹²⁸ Synspunktene har imidlertid vært fremme i internasjonal litteratur, se blant annet C. Wendehorst, «Strict liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law*, 2020 nr. 1, s. 150 flg., særlig på s. 164 og 165, og s. 169–170. Det er eksempelvis ikke de skarpe kantene på en autonom innhøstingsmaskin som er ansvarsbegrunnende.

¹²⁹ V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 201.

¹³⁰ Rt. 1939 s. 766.

¹³¹ Se om disse kriteriene i C. Wendehorst, «Strict liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law*, 2020 nr. 1, s. 150 flg. på s. 165. I samme retning T.-L. Wilhelmsen, «Ulovfestet objektivt produktansvar for tingsskader i næringsforhold», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2020, s. 165 flg. på s. 183, når hun påpeker at «[m]an må også se på hva den underliggende feilen er knyttet til. Materialtretthet i en bolt i en bøye eller i setet på en spinningssykkle er noe annet enn materialtretthet i et fremdriftsmaskineri, en heis eller et løftesystem».

¹³² Noe av det samme poengteres av T.-L. Wilhelmsen når hun diskuterer betydningen av risikoens opphav og disse betraktningenes betydning for vurderinger av økonomisk effektivitet, se *Årsaksproblemer i erstatningsretten – årsakslærer, formålsbetraktninger og økonomisk effektivitet*, 2011, s. 50 flg.

¹³³ Et eksempel på en «ufrivillig» sammenkobling er forstyrrelser i KI-systemer på grunn av elektromagnetisk støy.

nærværende fremstilling skal problemstillingen begrenses til en diskusjon av risikoen for hacking.

En forsettlig intervensjon fra en tredjepart kan sammenlignes med årsaker som i norsk rett typisk faller inn under adekvansreglene.¹³⁴ Men i EU-parlamentets forslag til brukeransvarsregulering er slike årsaksfaktorer ubetinget omfattet av skyldpresumsjonen, og da også omfattet av ansvaret dersom skaden skyldes et system med normal risiko. På bakgrunn av dette er det naturlig å tolke Parlamentets forslag slik at hacking holdes utenfor force majeure-begrensningen, også i tilknytning til objektivt ansvar for høyrisikosystemer. Denne typen risiko er tilsvarende en relevant begrunnelse for en påberopelse av årsakspresumsjonen etter EU-kommisjonens AI-ansvarsdirektiv. Manglende forebygging mot cybersikkerhet er nevnt som et relevant brudd for *tilbydere* av KI-systemer. Skade som følge av et hackerangrep kan videre være relevant for årsakspresumsjonen overfor *profesjonelle brukere*, dersom muligheten for hackerangrepet – og sikkerhetshullet – kan føres tilbake til brukerens manglende oppdatering av programvaren.

I EUs totale reguleringspakke, slik den nå foreligger, kan det imidlertid se ut som risikoer knyttet til cybersikkerhet først og fremst ønskes kanalisert til produsent/forhandler og det objektive ansvaret i produktansvarsdirektivet. Cybersikkerhetskrav og uheldig virkning på KI-systemet fra andre produkter er eksplisitt nevnt som relevante momenter i vurderingen av om det foreligger en sikkerhetsmangel (defekt), i art. 6. nr. 1 bokstav d og f i nytt forslag til produktansvarsdirektiv. Dette forutsatt at produsent/forhandler har kontroll over produktet også etter bruk, se art. 6 nr. 1 bokstav e. Dersom sikkerhetshullet i KI-systemet kan anses som en utviklingsrisiko, som følge av mangler i teknologiutvikling og kunnskapsgrunnlag, er produsenten heller ikke fritatt fra produktansvaret, se modifikasjonen i art. 10 andre ledd. Ifølge AIA art. 15 nr. 4, første ledd følger det videre som et generelt teknisk krav til høyrisikosystemer at produsenten i utviklingen av systemet tar høyde for slike angrep under hele produktets livssyklus. Ifølge nytt forslag til forordning om krav til cybersikkerhet for produkter med digitale elementer skal en slik overvåkning og kontroll fortsette i minst 5 år etter at produktet er sluppet på markedet.¹³⁵ Dersom man på sikt velger å følge EU-parlamentets modell, og gir produktansvarsdirektivet forrang fremfor et objektivt ansvar for brukere (der hvor begge lovverk kan komme til anvendelse), vil denne typen risiko bli kanalisert til produsent/forhandler.

¹³⁴ I samme retning T. Solvang, «Man, machine, and culpa: Or finding a path toward strict liability», i H. Ringbom, E. Røsæg og T. Solvang (eds.), *Autonomous Ships and the Law*, 2021, s. 98 flg. på s. 117, som taler om hacking som en type fjern og avledet risiko, som i en rettspolitisk sammenheng ikke bør omfattes av et lovfestet objektivt ansvar for autonome skip. Enkelte dommer kan tolkes slik at vilkåret om typisk risiko utelukker enkelte atypiske skademåter, som i andre sammenhenger gjerne avskjæres med grunnlag i adekvansreglene. Se for eksempel Hesjetråddommen i Rt. 1933 s. 475, der to personer strakk en hesjetråd på et jorde. Tråden brast i to og traff en høyspentledning 7 meter opp i luften som gikk over området, med den følge at den personen som holdt i den andre enden, ble skadet. Skadeårsaken kan anses for å være utløst av forhold som kan sammenlignes med rene tilfeldigheter og naturkrefter.

¹³⁵ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on horizontal cybersecurity requirements for products with digital elements and amending Regulation (EU) 2019/1020 COM/2022/454 final art. 10 nr. 6.

Når det gjelder det norske ulovfestede ansvaret, må vurderingen av om en skade som følge av hacking skal falle inn under ansvaret, antakelig differensieres i større grad beroende på den konkrete konteksten. Hacking er et kjent fenomen. Kritisk infrastruktur i samfunnet eller i større virksomheter er ofte typiske mål for hackere.¹³⁶ Vurderingen bør ta hensyn til brukerens valgte plassering av KI-systemet i virksomheten, den konkrete funksjonen til KI-systemet og risikoen knyttet til virksomheten generelt. Brukere som har gitt et KI-system en sikkerhetsfunksjon i virksomheten, må også innkalkulere en slik risiko for skade. Hvorvidt objektivt ansvar kan gis en tilstrekkelig begrunnelse i en konkret sak, kan imidlertid først vurderes etter en avsluttende helhetsvurdering.

I et særtilfelle bør hacking muligens falle utenfor det ulovfestede objektive ansvaret. Dette gjelder fullautonome systemer basert på maskinlæring *under bruk*.¹³⁷ Selv om KI-systemet har samme sårbarhet for påvirkning som annen programvare, innebærer systemets autonome karakter at brukeren har en større risiko for tap av kontroll over tid. Forutsetningene for det innebygde sikkerhets- eller kontrollsystemet kan i teorien endres. Når denne risikoen ses i sammenheng med alle aktørene som kan påvirke systemets funksjoner, vil aktuelle skadevoldere bli vanskelig å identifisere. Det må i tilfelle være den sistnevnte typen uunngåelig risiko som begrunner det objektive ansvaret. Et objektivt ansvar bør i slike tilfeller kombineres med en obligatorisk forsikring. Spørsmålet bør imidlertid ikke tas stilling til før man også har vurdert hvilke krav som stilles til produsentens kontrollsystemer og innebygde sikkerhetsnivå. I så måte kan den avsluttende helhetsvurdering tilføre viktige motargumenter.

4.5 Den avsluttende, skjønsmessige helhetsvurderingen

Så langt kan vi konstatere at kunstig intelligens på mange bruksområder skaper en ny form for kvalifisert risiko som faller naturlig innenfor verneområdet til det norske ulovfestede objektive ansvaret.¹³⁸ Hvorvidt det unike skadepotensialet til KI-systemet fanges opp, kan likevel ikke bestemmes før det er foretatt en avsluttende interesseavveining, som i resultat både kan utvide og begrense ansvarsområdet.

Den foregående diskusjonen har vist at det særlig er uunngåelig utviklingsrisiko knyttet til KI-systemers autonomi og mangler i datagrunnlaget som i dag utgjør et særlig dekningsbehov for det objektive ansvaret. Et spørsmål er derfor om det etter helhetsvurderingen kan gis en særlig begrunnelse for at skadeutslag som følge av denne typen risiko skal bæres av brukeren. Ut fra de grunnleggende hensyn som begrunner ansvarsformen, må det i så fall legges til grunn at skaderisikoen vil være generelt påregnelig og ha tilknytning til brukeren.

Påregnelighetskravet har nær sammenheng med interessehensynet som legislativ begrunnelse for ansvaret. Argumentet har mye til felles med det såkalte opprinnelsesargumentet fremført i nyere norsk teori: Den som har skapt en risiko for andre, er nærmest til å bære risikoen når

¹³⁶ I tråd med Gol Bygg-dommen kan man derfor muligens spørre om hacking kan anses som del av den generelle driftsrisiko. I den aktuelle saken hadde en sinnsforvirret ansatt tent på sprengstofflageret. Det må imidlertid understrekes at den ansatte hadde tilgang til bygget.

¹³⁷ Altså ikke bare «supervised machine learning» under utvikling av produktet.

¹³⁸ Slik T. Solvang, «Man, machine, and culpa: Or finding a path toward strict liability», i H. Ringbom, E. Røsæg og T. Solvang (eds.), *Autonomous Ships and the Law*, 2021, s. 98 flg. på s. 116.

den materialiserer seg.¹³⁹ Synspunktet forutsetter at karakteren av risikoen til en viss grad er kjent.

Interessehensynet har imidlertid flere dimensjoner enn at skaden må være mer påregnelig for skadevolderen enn den tilfeldige skadelidte. I så måte er det sentralt å se interessehensynet i sammenheng med det normative tilknytningskravet under ansvarsgrunnlaget. Det bør vektlegges hvorvidt brukeren har innflytelse på *hvor* systemet skal brukes, og overfor *hvem* og *hvor mange* som *eksponeres* for systemets risikoer.¹⁴⁰ I tillegg kommer spørsmålet om brukeren har oppfordring og mulighet til å pulverisere potensielle skadestrukturer.¹⁴¹

Dersom allmennheten har en sterk interesse i at systemet innføres, for eksempel på områdene for kritisk infrastruktur omfattet av bilag III, kan det tale for at staten som bruker i lys av sin tilknytning og interesse pålegges et objektivt ansvar.¹⁴²

I rettspraksis om det ulovfestede objektive ansvaret er også prevensjonshensynet fremført som relevant i enkelte saker.¹⁴³ Det gjør seg mest gjeldende i rettspraksis der årsaken til skaden er en uforvarlig ordning eller teknisk svikt. Selv om den konkrete risikoen for skade er uunngåelig, kan ofte generelle risikoreducerende tiltak forebygges mot skade. Kriteriet er derfor også nevnt i delegasjonsbestemmelsen i AIA art. 7. Når det er sagt, virker oppfordringen til forebyggelse først og fremst motiverende for potensielle skadevoldere som kan unngå ansvar. For de fleste private sluttbrukere vil trusselen om erstatning ha liten preventiv effekt, og antakelig først og fremst føre til at aktivitetsnivået reduseres.

I norske dommer om det ulovfestede objektive ansvaret er det sjelden at rene samfunnshensyn og kanaliseringstanker kommer direkte til uttrykk. Fra et reguleringsperspektiv knyttet til forebygging av skade har det derimot større betydning. Momentet er av den grunn særskilt nevnt i delegasjonsbestemmelsen i AIA art. 7 andre ledd bokstav h, der det fremgår at det kan vektlegges hvorvidt det foreligger andre reparative muligheter enn skadeserstatning. Under det ulovfestede objektive ansvaret er en lignende grunntanke artikulert i rettspraksis i helhetsvurderingen under spørsmålet om hvem av partene som var nærmest til å tegne forsikring.¹⁴⁴ I et tvilstilfelle knyttet til om brukeren av KI-systemet er rette vedkommende til å bære ansvaret, bør argumentet i form av et samfunnshensyn som vektlegger om andre (som ikke er del av erstatningssaken) enn brukeren bør bære ansvaret, også kunne være relevant.

¹³⁹ T.-L. Wilhelmsen og B. Hagland, *Om erstatningsrett*, 2017, s. 230–231. Se også T.-L. Wilhelmsen, «Ulovfestet objektivt produktansvar for tingsskader i næringsforhold», *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett*, 2020, s. 165 flg. på s. 189, der «opprikkelsesargumentet» knyttes til utviklingsrisiko. Argumentasjonslinjen fremgår også uttrykkelig i Rt. 2014 s. 656, der det også vises til Rt. 1948 s. 719 (Stagboltdommen).

¹⁴⁰ Slik også de lege ferenda for en europeisk modell C. Wendehorst, «Strict liability for AI and other Emerging Technologies», *Journal of European Tort Law*, 2020 nr. 1, s. 150 flg. på s. 179–180.

¹⁴¹ Om disse momentene generelt i relasjon til tilknytningskravet, se V. Hagstrøm og A. Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 211.

¹⁴² Om en parallell til dette i argumentasjonen som trekkes frem av V. Hagstrøm og A. Stenvik, se *Erstatningsrett*, 2019, s. 218, der det blant annet vises til de skadelige bivirkninger av den påbudte vaksinen i dommen i Rt. 1960 s. 841.

¹⁴³ Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 221–223.

¹⁴⁴ Om denne generelle betydningen av dette hensynet under helhetsvurderingen, se N. Nygaard, *Skade og ansvar*, 2007, s. 280–281, og Hagstrøm og Stenvik, *Erstatningsrett*, 2019, s. 220–221, under behandling av det de kaller pulveriseringshensynet.

I en avsluttende rimelighetsvurdering vil hensynet til partene stå sentralt. I så måte bør hensynet kalt «skadelidtegruppers sårbarhet i relasjon til skadevolderen (bruker)» nevnt i delegasjonsbestemmelsen i AIA art. 7, kunne gis betydning også etter norsk rett. Tilsvarende kan den konkrete skadelidtes forhold komme i betraktning. Dette fremkommer blant annet tydelig i Røykedommen i Rt. 2003 s. 1546. I tillegg kommer vektleggingen av skadelidtes egen interesse¹⁴⁵ i systemet som drives av kunstig intelligens, og måten skadelidte selv interagerer med forutsetningene for systemets drift.¹⁴⁶ Her vil allmennkunnskapen om risikoen ved systemet og omgivelsene systemet brukes i, være nødvendige faktorer i vurderingen. Det må være rom for å legge vekt på skadelidtes forhold i helhetsvurderingen utover de tilfeller der skaderisikoen har fremstått som så konkret og nærliggende for skadelidte at egeneksponeringen kan betegnes som «aksept av risiko», slik dette uttrykket tidvis er bruk i rettspraksis og juridisk teori. Det skal like fullt en del til før slike synspunkter kan bli avgjørende for bortfall av ansvaret. Både formålet med KI-systemet og begrunnelsen for hvorfor skadelidtegruppen blir berørt, samt hvilket livsområde det gjelder, må få betydning, se ellers HR-2018-403-A avsnitt 50.

4.6 Oppsummering

I et samlet bilde kan det konstateres at svikt i KI-systemer knyttet til kritisk infrastruktur i AIA bilag III vil ha flere likhetstrekk med skadesituasjoner innenfor det ulovfestede ansvarets kjerneområde. Og langt på vei vil feil i KI-systemer der de fungerer som en sikkerhetskomponent i en maskin, ha sterke likhetstrekk med skadesituasjoner og kontekster i tidligere dommer som omhandler objektivt ansvar utløst av teknisk svikt. Totalt sett kan dekningsområdet for det norske ulovfestede objektive ansvaret fange opp mange praktiske tilfeller av uunngåelig utviklingsrisiko, knyttet til KI-systemer.

Det mest uavklarte feltet vil være bruksområder som er mer unike for KI-systemer. Et eksempel er sosiale og assisterende roboter, som eksplisitt nevnes som aktuelle høyrisikosystemer i AIAs fortale avsnitt 28. Aktuelle skadesituasjoner for slike systemer/innretninger kan blant annet skyldes diffuse feilutslag, som påvirker brukeren negativt over tid. Mekanismene for påføring av psykologisk skade har likhetstrekk med virkningsmåten for medisiner, som begrunnet ulovfestet objektivt ansvar før innføring av det lovfestede legemiddelansvaret.¹⁴⁷ I flere saker er det grunn til å tro at skadelidte kan møte store bevisvansker også der ansvarsgrunnlaget er objektivt. Det objektive ansvaret kan med andre ord ikke løse alle vesentlige problemer. Det vil ofte være nødvendig med prosessuelle virkemidler for å overkomme de hindringer som følger av særtrekk ved KI-systemet.

Den største utfordringen for en avklaring av forholdet mellom en objektiv ansvarsmodell knyttet til høyrisikosystemer og det norske ulovfestede ansvaret er EU-modellens komplekse og fragmenterte reguleringsmetode. EUs AIA bilag III skal oppdateres i årlige intervaller, se

¹⁴⁵ Forutsatt at det ikke er tale om personskade på en særlig sårbar gruppe, som barn, demente osv.

¹⁴⁶ Se mer generelt om betydningen av skadelidtes egeneksponering for en risikofylt virksomhet/drift/ting/innretning som i prinsippet kan omfattes av et objektivt ansvar i Rt. 1966 s. 1485, HR-2018-403-A og Rt. 2003 s. 1546.

¹⁴⁷ Rt. 1992 s. 64 og Rt. 2000 s. 915.

art. 84 nr. 1, og inneholder allerede før den er vedtatt, flere lakuner.¹⁴⁸ Forordningen dekker derfor ikke alle systemer som representerer en høyrisiko, på markedet.

5 Avslutning

Et overordnet spørsmål i artikkelen har vært om en spesifikk regulering av brukerens erstatningsansvar for KI-systemer egentlig er nødvendig. Svaret som følger av artikkelens analyser, må ses i sammenheng med tekniske krav i AIA, og hvilke produkter vi som følge av dette vil få på det europeiske markedet.

Artificial Intelligence Act er utslag av en overordnet strategi som bygger på et klart ønske om menneskelig overvåkning, etterprøving og kontroll.¹⁴⁹ Per i dag er dette vanskelig å forene med KI-systemers fulle autonomi og selvlerende systemer på bruksområder med stort skadepotensial. I nærmeste fremtid er det derfor mest sannsynlig med et stort utvalg av produkter som assisterer menneskelige operasjoner. I slike tilfeller vil man, som vist, ofte kunne ansvarliggjøre brukere etter alminnelige erstatningsregler. På ulike sektorer vil eksisterende lovfestede hybridvarianter av objektivt ansvar, slik som pasientskadeansvaret, kunne fange opp feil i form av systemsvikt ved profesjonell bruk av KI-systemer. Også denne formen for ansvarsregimer bør imidlertid på samme måte som det europeiske produktansvaret tilføres enkelte justeringer på sikt.

En påvist utfordring med den nye teknologien er de ulike operatørens overlappende roller og funksjoner. Teknologien er svært mangfoldig, og selv private brukere vil kunne oppleve det som naturlig å gjøre vesentlige modifikasjoner i produktet. Vesentlige endringer av produktet medfører tap av kontroll for opprinnelig utvikler, og hvem som defineres som produsent, blir mer flytende. De nevnte aktørene har i EU-reguleringen i enkelte tilfeller blitt likestilt. I EUs ansvarsregime har dette ført til en mindre entydig grunntanke bak produktansvaret, og fragmenterte utvidelser av produktansvaret regulert i andre lovverk enn produktansvarsdirektivet selv. Den flytende grensen mellom ansvarssubjekter har gitt seg utslag i kompliserte regler om ansvarskanaliserings. Løsningen av slike spørsmål bør helst forbeholdes regler om regress og forsikring, og atskilles tydeligere fra ansvarsgrunlaget. Forslaget til AI-ansvarsdirektiv inneholder heller ingen regler om tvungen forsikring. Samlet sett er det på bakgrunn av dette mye som tilsier at et eget europeisk ansvarsregime for brukeren forlates, og at EU-organene i enda større grad begrenser seg til prosessuelle virkemidler.

Et sentralt område som gjenstår, er KI-systemets skade på brukeren selv, og slike skadetilfeller kan i stor grad ivaretas gjennom produktansvarsregimet. I så måte er det også interessant at dekningsområdet for ulike skadetyper har fått et betydelig løft, se forslag til produktansvarsdirektiv art. 4 nr. 6. Taket for erstatningsomfanget ved personskade er etter forslaget fjernet, og tingskade i næring omfattes i utgangspunktet så lenge tingen ikke eksklusivt er ment til næringens bruk. Etter Kommisjonens forslag er det kun formuestap og

¹⁴⁸ Se blant annet M.K. Hauglid og T. Mahler, «Doctor Chatbot: The EU's Regulatory Prescription for Generative Medical AI», *Oslo Law Review*, 30 June 2023.

¹⁴⁹ Se EU-parlamentets tilføyelse nr. 213 av en art. 4a nr. 1 bokstav a i AIA i forslaget til endringer 14. juni 2023, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html

krenkelse av grunnleggende rettigheter som utelukkes som skadetype. For KI-systemenes potensielle bruksområder og funksjonsmåte er skade på grunnleggende rettigheter særlig sentralt, men denne erkjennelsen finnes det kun spor av i EU-parlamentets forslag til brukeransvarsregime og EU-kommisjonens forslag til ny produktsikkerhetsregulering. På dette området er det, med enkelte av EØS-rettens unntak, når alt kommer til alt, også mye upløyd mark i den norske erstatningsretten.