

ET.2025.3

Anvendelse af generativ AI i syn- og skøn

♦ *I en relativt ny utrykt afgørelse blev Sø- og Handelsretten anmodet om i en civil sag at tage stilling til et syn- og skøn, hvor skønspersonerne skulle forholde sig til svar genereret af ChatGPT på baggrund af en af parternes "prompts". Sø- og Handelsretten afskar med en kortfattet kendelse bevisførelsen, som modparten havde protesteret imod. Generativ kunstig intelligens (generativ AI) er imidlertid i en rivende udvikling, og spørgsmålet er derfor, om og under hvilke betingelser Generativ AI fremover kan indgå i bevisførelsen i retssager. I artiklen argumenteres der afslutningsvis for, at der i fremtiden - inden for nærmere angivne rammer - bør tillades bevisførelse med brug af generativ AI i syn- og skøn, og at kendelsen reelt ikke afskærer denne mulighed, hvis det ellers foregår under nærmere angivne retningslinjer. Der gives også forslag til sådanne retningslinjer.*

Af Advokat Niels Chr. Ellegaard, Plesner Advokatpartnerselskab

Sø- og Handelsrettens kendelse

I Sø- og Handelsrettens kendelse af 3. juli 2024¹ skulle retten i en patentsag tage stilling til, om en række spørgsmål (i alt fire) baseret på prompts til ChatGPT kunne tillades under et syn- og skøn. Sagen drejede sig om gyldigheden af et patent.

Spørgsmålene, som var fremsat af sagsøgeren i sagen, drejede sig blandt andet om forståelse af farmaceutiske begreber og nyhedsværdi. Spørgsmålene var generelt udformet efter følgende skabelon:

“Den [...] 2024 blev ChatGPT4 spurgt: “[...]”

ChatGPT svarede således: “[...]”

Spørgsmål

Er skønsmændene enige i ChatGPT4's forklaring? Skønsmændene opfordres til at slette, tilføje og/eller modificere informationer med henblik på herved at klargøre det beskrevne.”

Sagsøgte protesterede mod udformningen af de pågældende spørgsmål, herunder brugen af ChatGPTs svar. Sagsøgte gjorde i hovedsagen følgende argumenter gældende:

- (i) Skønspersonernes primære funktion er at vurdere tekniske og specialiserede spørgsmål baseret på henholdsvis sagens genstand, det materiale, som parterne har præsenteret, og deres særlige sagkundskab. Det er ikke formålet med syn og skøn, at skønspersonerne skal oplyse sagen og tilvejebringe det relevante bevismateriale for besvarelse af skønsspørgsmålene.
- (ii) Med sagsøgerens udformning af de pågældende spørgsmål bedes skønspersonerne forholde sig til svar fra ChatGPT, men sagsøgeren har undladt at supplere ChatGPTs svar med kildehenvisninger eller nogen form for dokumentation, der kan underbygge svarenes nøjagtighed eller muliggøre efterprøvelse.
- (iii) Det forhold, at der ikke er kildehenvisninger i ChatGPT's besvarelse, udelukker reelt sagsøgte fra at stille meningsfyldte modspørgsmål.
- (iv) Ved at stille spørgsmål, der direkte eller indirekte antyder, at skønspersonerne skal basere svar på ChatGPT's indledende svar, fjernes muligheden for, at skønspersonerne frit kan anvende deres egen ekspertise og uafhængigt bedømme situationen.
- (v) Spørgsmålene er utilbørligt ledende, da de grundlæggende forudsætter, at ChatGPTs svar er korrekte. (Det blev i den forbindelse anført, at spørgsmålene kunne kompromittere

skønspersonernes objektivitet, da de skal forsøge at afkode og korrigere information fra ChatGPT, der potentielt er fejlbehæftet. Skønspersonernes neutrale og upartiske position påvirkes - ifølge sagsøgte - således af, at de skal spille en aktiv rolle i valideringen af udokumenterede oplysninger, der ligger uden for almindelig faglig viden).

- (vi) Svarene fra ChatGPT må sidestilles med ensidigt indhentede sagkyndige erklæringer, der er indhentet efter en sags anlæg og derfor ikke kan tillades efter retsplejelovens § 341 a. (Det blev her anført, at ChatGPT ikke er en ekspert eller sagkyndig i sig selv, men i henhold til principperne for sagkyndige erklæringer må kunne sidestilles hermed. Svarene fra ChatGPT kan, på grund af deres indhold, der dækker specifikke, fagligt komplekse spørgsmål, ifølge sagsøgte opfattes som teknisk sagkyndige udtalelser. Dette skaber en parallel til erklæringer afgivet af sagkyndige).
- (vii) Spørgsmål baseret på svar fra ChatGPT udgør overflødig bevisførelse efter retsplejelovens § 341.(vii)
- (viii) Spørgsmål eller svar er ikke patentjuridisk korrekte, da de ikke ses at basere sig på en *“vurdering fra en fiktiv fagmand eller et team af fagmænd, der forudsættes at have en nærmere defineret fagmandsviden på prioritets-tidspunkter”*.²

Sagsøgeren gjorde på sin side navnlig følgende argumenter gældende til støtte for, at skønspersonerne kunne stilles de pågældende spørgsmål baseret på svar fra ChatGPT:

- a) Sagsøger har i sine skønsspørgsmål loyalt redegjort for, præcist hvilket svar ChatGPT leverede på en given dag på et givent spørgsmål, og har ikke redigeret i de opnåede svar.
- b) Sagsøger har selv forholdt sig kritisk til svarene genereret fra ChatGPT og har valgt at medtage dem i spørgsmålene til skønsmændene, da svarene efter sagsøgerens opfattelse retvisende opsummerer almindelige forhold, der var gældende på området på prioritets-tidspunktet, med korte, præcise og relativt letforståelige svar.
- c) Sigtet med spørgsmålene er, at skønspersonerne på grundlag af deres almindelige fagkundskab kan verificere – herunder i relevant omfang modificere – de beskrivelser, som ChatGPT har affattet, hvorved der tages højde for sagsøgte's indsigelse om, at man bør verificere nøjagtigheden af de svar, som genereres af ChatGPT.

¹ Sø- og Handelsrettens kendelse af 3. juli 2024 i sag BS-47030/2023-SHR

² Det refererede er en henvisning til praksis fra det Europæiske Patent Agentur (EPO). Se om fagmandsstandard (“*Skilled Person*”) i Sektion D, punkt 8 i *“Case Law of the Boards of Appeal of the European Patent Office”* (https://www.epo.org/en/legal/case-law/2022/clr_i_d_8_1_1.html).

- d) Sagsøger har transparent redegjort for sin kilde, som er citeret 1:1. Sagsøger kunne som alternativ have kopieret svarene og indsat dem som en del af sagsøgers egne spørgsmål til skønspersonerne uden gengivelse af, at de var genereret ved hjælp af ChatGPT. (Det ville efter sagsøgerens opfattelse være plagiat ikke loyalt at identificere ophavet til den tekst, som 1:1 anvendes i skønsspørgsmålet).
- e) Spørgsmål baseret på svar fra ChatGPT adskiller sig ikke fra andre spørgsmål i skønsteamet, hvor skønspersonerne bliver bedt om at forholde sig til et tilsvarende sæt af informationer, som er tilvejebragt på anden vis. (Spørgsmål som sagsøgte ikke protesterede over).
- f) Det er sædvanligt at fremfinde viden om et givent emne ved brug af søgemaskiner, der også baserer sig på AI - eksempelvis Google. (Ifølge sagsøger fremstår det i denne forbindelse ukontroversielt, at spørgsmålsstiller er fri til at anvende generativ AI, herunder ChatGPT, til at formulere en tekst, som skønspersonerne kan tilkendegive, om de er enige i. (Ligesom parterne kan spørge, om en skønsperson kan tiltræde en parts opfattelse af de faktiske forhold)).³
- g) En tekst genereret under anvendelse af et AI-værktøj, er ikke en erklæring i § 341a's forstand.

Sø- og Handelsretten afviste i kendelsen de pågældende spørgsmål med følgende begrundelse:

“De omtvistede spørgsmål er karakteriseret ved, at skønsmændene skal forholde sig til svar fra ChatGPT på spørgsmål promptet af [sagsøger]. Svarene fra Chat- GPT er tekniske og indeholder mange informationer.

Henset til den usikkerhed, der er ved svar som de foreliggende fra ChatGPT sammenholdt med, at de er svar på spørgsmål promptet alene af den ene part, vil de ikke i sig selv kunne tillægges betydning for sagens afgørelse, og de ville mod protest være afskåret fra at blive fremlagt i sagen, jf. retsplejelovens § 341. Som følge heraf kan der ikke mod [sagsøgtes] protest tillades stillet spørgsmål til skønsmændene på grundlag af de omtvistede svar fra ChatGPT.

Derfor tages [sagsøgtes] protest mod [sagsøgers] udkast til skønsspørgsmål [...] til følge.”

Kendelsen blev forsøgt kæret, men Procesbevillingsnævnet meddelte afslag på dette.

2. Analyse af kendelsen og problemstillingen

2.1 Om kendelsens begrundelse

Som det ses af sammendraget af parternes argumenter, gav sagen anledning til en lang række betragtninger fra parternes side, som mandede ud i en relativt kortfattet afvisning af de omtvistede spørgsmål.

Kendelsen baserer sig på to komprimerede præmisser:

³ Sagsøger henviste her til Hørlyck, syn og skøn, 6. udgave, 2020, s. 159.

⁴ Det bemærkes, at ChatGPT-4 Turbo havde “knowledge cut-off” i december 2023 (<https://platform.openai.com/docs/models#gpt-4-turbo-and-gpt-4>).

⁵ Se eksempelvis Perplexity (www.perplexity.ai), som også giver mulighed for at anvende forskellige sprogmodeller og ræsonneren, jf. også noten nedenfor.

⁶ OpenAI lancerede 2. februar 2025 “Deep research” som en særlig funktion, der giver mulighed for en kombination af udvidet analyse og “tænkning (“Deep research independently discovers, reasons about, and consolidates insights from across the web”) - <https://openai.com/index/introducing-deep-research/>. Tilsvarende har Perplexity yderligere pr. 5. februar 2025 introduceret anvendelse af DeepSeeks R1-model til at ræsonnere ([About the R1 model used for Pro Search on Perplexity | Perplexity Help Center](https://www.perplexity.ai/help-center/about-the-r1-model-used-for-pro-search-on-perplexity)). Angiveligt har Perplexity fået en version af modellen, som fungerer uden kinesisk censur, og som er hosted på servere i USA.

⁷ Se eksempelvis sagen fra New York om fremlæggelse af ikke-eksisterende præjudikater genereret af ChatGPT (<https://www.forbes.com/sites/molly-bohannon/2023/06/08/lawyer-used-chatgpt-in-court-and-cited-fake-cases-a-judge-is-considering-sanctions/>) og en tilsvarende sag fra Canada (<https://www.theguardian.com/world/2024/feb/29/canada-lawyer-chatgpt-fake-cases-ai>)

Risikoen for hallucination ved brug af generativ AI eksisterer fortsat, men i forhold til korrekthed er både træfsikkerhed og tilgang imidlertid også forbedret markant inden for den seneste tid.

En måde at måle en AI sprogmodels evne til at ræsonnere og fremkomme med korrekte svar er at se på modellens præstations-evne efter et såkaldt *“Massive Multitask Language Understanding”* (MMLU)-benchmark. MMLU foregår basalt set ved på struktureret vis at stille AI-systemet en lang række spørgsmål og opgaver, og MMLU er en af de mest brugte standarder til at evaluere generativ AI's evne til at forstå og ræsonnere over mange forskellige fagområder.⁸ Spørgsmålene er typisk multiple choice og varierer i sværhedsgrad fra gymnasieniveau til ekspertniveau. AI-modellens præstation måles i nøjagtighed (procent af korrekt besvarede spørgsmål), og resultaterne sammenlignes ofte med både mennesker og andre AI-modeller.

I grove træk er ChatGPT på MMLU forbedret fra ca. 70 % træfsikkerhed for ChatGPT 3.5 til 86,4 % for ChatGPT4 og 91,8 % for ChatGPT 4o1.⁹ Med det kapløb, der pågår mellem de forskellige udbydere af sprogmodeller, er det meget sandsynligt, at MMLU-scoren (og modellernes præstationsevne generelt) meget hurtigt vil blive forbedret yderligere.

Angående korrektheden af svar genereret af ChatGPT anfører OpenAI i sin privatlivspolitik dog fortsat¹⁰ følgende, som også i sin essens udtrykker generativ AI's funktionsmåde:

“A note about accuracy: Services like ChatGPT generate responses by reading a user's request and, in response, predicting the words most likely to appear next. In some cases, the words most likely to appear next may not be the most factually accurate. For this reason, you should not rely on the factual accuracy of output from our models”

Sammenfattende er det stadig korrekt at hævde, at generativ AI og de anvendte sprogmodeller - trods de løbende forbedringer - ikke er fuldt ud pålidelige i forhold til korrekthed. Men alene det forhold, at det nu er muligt at opnå kildehenvisninger, afbøder en stor del af denne risiko.

Korrektheden kan derudover forbedres yderligere ved at anvende AI-løsninger, som kan trække på flere forskellige sprogmodeller. I avancerede scenarier eller undersøgelser kan de enkelte sprogmodeller endda “spilles ud” mod hinanden med henblik på at forbedre svarene.

2.4 Om varians i svar afgivet af generativ AI

ChatGPTs (og andre sprogmodellers) svar kan i nogen grad variere – selv på nøjagtig samme prompt. Der er ikke én fast “skabelon”, som bliver gentaget hver gang. Variationerne kan være mere eller

mindre tydelige, og der er flere årsager til, at det ikke altid er de samme sætninger eller formuleringer, der dukker op.

Sprogmodeller som ChatGPT bygger på komplekse sandsynlighedsberegninger. Når ChatGPT genererer tekst, vælger den næste ord i sætningen ud fra, hvor sandsynligt det er i forhold til konteksten. Denne proces er ikke fuldstændig deterministisk, og derfor kan små forskelle i vægtninger få modellen til at vælge lidt forskellige formuleringer, selv ved identiske prompts.¹¹

Modellen kan derudover blive opdateret over tid. Hvis man spørger om det samme med et par måneders mellemrum, kan resultatet derfor afspejle ændringer og forbedringer i modellen. Desuden kan justeringer i, hvordan modellen håndterer visse emner, give variation i svarene.

Det er også vigtigt at notere sig, at i løbet af en enkelt chatsession vil tidligere prompts og svar på disse påvirke den måde, ChatGPT forstår og svarer på senere prompts. Hvis brugeren imidlertid sletter kontekst (eksempelvis ved at starte en helt ny session (ny “tråd”)) og stiller samme spørgsmål, kan ChatGPTs svar afspejle, at der ikke er nogen forudgående kontekst.

Hvis man spørger ChatGPT om det samme mange gange i træk inden for samme samtale, kan svarene i visse tilfælde begynde at “ligne hinanden” mere, fordi ChatGPT tilpasser sig konteksten i samtalen og registrerer, at man beder om det samme igen. Dog kan små variationer stadig opstå, især i ordvalg.

Alle disse elementer gør hver for sig og til sammen, at et prompt ikke kan stå alene, men principielt set skal gentages for at tage højde for probabilistiske udsving ved den første besvarelse.

2.5 Om ensidig prompting

Andet led i Sø- og Handelsrettens præmisser adresserer det forhold, at det udelukkende er den ene part, der har genereret de prompts, der ligger til grund for svarene.

Dette forhold er på flere niveauer centralt. I det følgende berøres brugen af prompt engineering (promptudformning) og brugen af meta-instruktioner.

2.5.1 Brugen af prompt engineering

Output og værdien af at benytte generativ AI beror i høj grad på såkaldt “prompt engineering” (promptudformning). At fravælge brugen af dette ved blot at stille spørgsmål uden nærmere kvalifikation (eller overvejelse heraf) er derfor reelt en fejl i forhold til gennemførelse af et syn- og skøn, hvor en skønsperson normalt bibringes kontekst og rammer for sin besvarelse¹².

Prompt engineering er ikke blot et spørgsmål om, hvorvidt modellen er ny eller gammel, men om at optimere kommunikationen med selve systemet. Prompt engineering er derfor stadig yderst relevant,

⁸ MMLU har spørgsmål inden for 57 forskellige domæner, herunder matematik, fysik, historie, lovgivning, datalogi og etik. Testen blev skabt i september 2020 af Dan Hendrycks og en række andre amerikanske forskere (<https://arxiv.org/abs/2009.03300>). Testen har vundet stor udbredelse, men er heller ikke fejlfri og har været genstand for kritik - se eksempelvis Yifan Mai og Percy Lang - Stanford Center for Research on Foundation Models 2024 (<https://crfm.stanford.edu/2024/05/01/helm-mmlu.html>).

⁹ Se leaderboard ført af Vellum (<https://www.vellum.ai/llm-leaderboard>), hvor de enkelte sprogmodeller sammenlignes.

¹⁰ Den seneste privatlivspolitik fra OpenAI er dateret 4. november 2024 (<https://openai.com/policies/row-privacy-policy/>).

¹¹ Temperatur og “top_p” er to centrale parametre i store sprogmodeller, der bruges til at kontrollere outputtets balance mellem kreativitet og forudsigelighed. Begge parametre påvirker, hvordan modellen vælger næste token (ord/del af ord) under tekstgenerering, men gør det på forskellige måder. Temperatur-parameteren (?) skalerer logits (modeloutputs råværdier) før softmax-normalisering. Lav temperatur gør output mere deterministisk ved at forstærke højprobable tokens. Eksempel: *“The mouse ate the cheese”*. Høj temperatur øger sandsynligheden for lavere-probable tokens, hvilket giver mere kreative svar. Eksempel: *“The mouse ate the pizza”*. Top_p begrænser token-valg (dvs. de valgte ord) til den mindste gruppe, hvis kumulative sandsynlighed overstiger en tærskel (p). Se eksempelvis pædagogisk forklaring om temperatur på: <https://blog.lukesalamone.com/posts/what-is-temperature/>

¹² I den hvidbog om brug af AI-assistenter, der er udgivet af Dansk Industri, berøres brugen af prompt engineering også i konteksten af anbefalinger om at afgrænse AI-assistentens evner og ansvar, se punkt 3.5 (<https://www.danskindustri.dk/globalassets/brancher/di-digital/2024/di-digitaliserings-politik-2024-ai-hvidbog-lang-version-web.pdf?v=250215>).

selv når man arbejder med de nyeste og mest avancerede sprogmodeller.

Sprogmodeller kan respondere mere nuanceret og nøjagtigt, hvis man både giver kontekst og forklarer, hvordan svaret skal leveres. Ved at inkludere eksempler, stilønsker, forventet længde og format i prompten, styrker man modellens evne til at ramme plet.

Hvis prompten er for kortfattet eller tvetydig, er der større risiko for, at svaret bliver upræcist. Ved at formulere sin prompt grundigt undgår man i højere grad, at modellen "gætter" sig frem til svar, der ikke er relevante eller korrekte.

Avancerede modeller kan skræddersy sproget efter mange parametre (tone, målgruppe, faglighed osv.).

Selvom en ny model måtte være mere "intelligent" eller kontekstforstående, er prompt engineering ofte en iterativ proces, hvor man afprøver forskellige måder at spørge på. Selv små justeringer i sprog, rækkefølge eller eksempler kan få stor effekt på svarene.

Det fremgår ikke af sagsøgerens skønstema eller processkrift i den konkrete sag, i hvilket omfang der rent faktisk er anvendt prompt engineering (om end det er anført af sagsøgeren, at denne selv har forholdt sig kritisk til svarene genereret fra ChatGPT). I det omfang, der rent faktisk er anvendt prompt engineering, er det centralt at få dokumentationen for dette fremlagt, da det påvirker svarene.

I den konkrete sag kunne den spørgende part eksempelvis have anmodet ChatGPT om at svare på grundlag af en patentjuridisk standard som fremdraget af sagsøgte i form af en "*urdering fra en fiktiv fagmand eller et team af fagmænd, der forudsættes at have en nærmere defineret fagmandsviden på prioritetstidspunkter*". Dette kriterium kunne så have været uddybet og raffineret via meta-instruktioner, jf. umiddelbart nedenfor.

2.5.2 Brugen af meta-instruktioner

Prompt engineering kan gennemføres konkret ved i selve spørgsmålet at angive, hvorledes og på hvilket grundlag ens spørgsmål skal besvares.

Det er imidlertid også muligt at give disse instruktioner generelt til AI-systemet i form af generelle prompts, som AI-systemet herefter lægger til grund for sin besvarelse.¹³

Disse generelle instruktioner (meta-instruktioner) kan ikke umiddelbart læses ud af det konkrete prompt, som afsendes, men udgør grundlaget for besvarelsen. Anvendelse af meta-instruktioner er en hensigtsmæssig og struktureret måde at anvende generativ AI på, men det indebærer samtidig også, at et prompt aldrig kan stå alene. Der er altid en mulighed for, at det pågældende prompt er besvaret ud fra meta-instruktioner afgivet til AI-systemet.

I den konkrete patentsag kunne den spørgende part eksempelvis med en meta-instruktion manipulerende have anmodet ChatGPT om at svare med en præference for, at der reelt ikke var noget nyt skabt med den opfindelse, der ligger til grund for det udtagne patent.

For at undgå indsigelser om manipulation ved brug af meta-instruktioner er parterne reelt nødsaget til at afvikle prompts på en neutral instans (det vil sige en separat konto, som ikke tilhører parterne), hvor grundlaget for besvarelsen sikres i form af

- (i) en aftalt "temperatur" for den anvendte generative AI, hvis denne kan justeres,

- (ii) afstemning mellem parterne og verifikation af, hvilke meta-instruktioner (om nogen) AI-systemet har fået eller skal have, og

- (iii) at der svares i en ny tråd (det vil sige ikke i kontekst af tidligere prompts), medmindre det er et bevidst og fælles valg, at spørgsmål skal besvares i samme tråd med deraf følgende inddragelse af kontekst.

2.6 Yderligere betragtninger

Sagen og parternes argumentation giver anledning til yderligere overvejelser, som vil blive berørt i det følgende.

2.6.1 Hvilken rolle generativ AI skal anses for at have - er den et værktøj eller en ekspert i sin egen ret?

Sagsøgeren argumenterede på sin side med, at det er sædvanligt at fremfinde viden om et givent emne ved brug af søgemaskiner, der også baserer sig på AI - eksempelvis Google. Sagsøger konkluderede herefter, at spørgsmålsstilleren derfor ligeledes skulle være fri til at anvende generativ AI, herunder ChatGPT til at formulere en tekst, som skønspersonerne kan tilkendegive, om de er enige i.

Sagsøgte var ikke enig i dette og anførte, at ChatGPT ikke er en ekspert eller sagkyndig i sig selv, men, i henhold til principperne for sagkyndige erklæringer, må kunne sidestilles hermed, da svarene fra ChatGPT på grund af deres indhold må opfattes som teknisk sagkyndige udtalelser.

Som det ses, repræsenterer de to synspunkter fra parternes side tanken om generativ AI som et værktøj henholdsvis en selvstændig sagkyndig kilde.

Det er utvivlsomt rigtigt, at det i forhold til syn og skøn er uproblematisk at anvende generativ AI som et værktøj, der hjælper brugeren med at generere tekst, som kan indgå i et skønstema. Anvendt (udelukkende) på den måde er generativ AI "bare" et yderlige værktøj på lige fod med søgemaskiner, hvor brugen ikke kræver modpartens eller rettens accept.

Men den konkrete sag viser, at ChatGPT blev anvendt som mere end bare et værktøj - nemlig som en selvstændig kilde til beskrivelse af faktiske forhold, som parten ønskede skønspersonernes stillingtagen til. Så snart brugen af generativ AI får denne karakter, må der stilles krav til dels relevans og dels fremgangsmåde som beskrevet i punkterne 2.2-2.5 ovenfor.

2.6.2 Gennemsigtighed og regulering

Sagsøgeren gjorde i sagen gældende, at sagsøgeren kunne have valgt at kopiere svarene og indsat dem som en del af sagsøgers egne spørgsmål til skønspersonerne uden gengivelse af, at de var genereret ved hjælp af ChatGPT. Det ville dog efter sagsøgerens opfattelse være plagiat ikke loyalt at identificere ophavet til den tekst, som 1:1 anvendes i skønsspørgsmålet.

Dette rejser spørgsmålet om gennemsigtighed ved brugen af generativ AI i sager med syn- og skøn og i bredere forstand, om anvendelse af generativ AI ved førelse af retssager.

Ifølge AI-forordningen anses "*AI-systemer, der tilsigtes anvendt af judicielle myndigheder eller på deres vegne til at bistå en judicial myndighed med at undersøge og fortolke fakta og retten og anvende retten på konkrete sagsforhold...*" som Højrisiko-AI-systemer.¹⁴

Reglerne for sådanne høj-risiko systemer træder i kraft 2. august

¹³ I ChatGPT kan det grundlæggende foregå på to måder: Enten ved i indstillinger at angive personlig tilpasning med brugerdefinerede instruktioner eller ved, at brugeren skaber sin egen brugerdefinerede version af ChatGPT, som kombinerer instruktioner, ekstra viden og alle slags kombinationer af færdigheder og dermed indlægger mere eller mindre detaljerede parametre for besvarelse af prompts.

¹⁴ Se Bilag III, punkt 8 til AI-forordningen (EUROPA-PARLAMENTETS OG RÅDETS FORORDNING (EU) 2024/1689 af 13. juni 2024 om harmoniserede regler for kunstig intelligens og om ændring af forordning (EF) nr. 300/2008, (EU) nr. 167/2013, (EU) nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 og (EU) 2019/2144 samt direktiv 2014/90/EU, (EU) 2016/797 og (EU) 2020/1828 (forordningen om kunstig intelligens).

2026 og indebærer krav om iagttagelse af en lang række forpligtelser, herunder i forhold til gennemsigtighed.¹⁵

Rækkevidden af det ovenfor citerede område for Højrisiko-AI-systemer er ikke ganske klar i forhold til syn- og skøn, som jo på den ene side gennemføres af parterne, men på den anden side udmeldes af retten og bruges af denne til afgørelse af sagen. Det er derfor spørgsmålet, om parterne i en retssag med et syn- og skøn kan siges at "bistå" retten med at undersøge og fortolke fakta.

Generative AI-systemer (der i forordningen omtales som "AI-systemer til almen brug") er i udgangspunktet ikke skabt til sådanne konkrete formål og vil derfor ikke være Højrisiko-AI-systemer.¹⁶

Det er dog i AI-forordningen forudset, at systemer til almen brug kan anvendes som højrisiko-AI-systemer i sig selv eller som komponenter i andre Højrisiko-AI-systemer.¹⁷ Det vil også være tilfældet, hvis den pågældende part ændrer det tilsigtede formål med et AI-system, herunder et AI-system til almen brug, der ikke er klassificeret som højrisiko og allerede er bragt i omsætning eller ibrugtaget, på en sådan måde, at det pågældende AI-system bliver et Højrisiko-AI-system.¹⁸

Hvorvidt anvendelse af generativ AI til brug for syn- og skøn bliver omfattet af AI-forordningens regler for Højrisiko-AI-systemer, når disse træder i kraft, kan ikke afgøres på forhånd, da det vil afhænge af måden det bliver brugt på. Det vil derudover også afhænge af, om anvendelsen kan undtages efter Art. 6(3) i AI-forordningen, fordi brugen ikke anses for at udgøre en væsentlig risiko.

Det er dog klart, at jo mere intensiv brugen af generativ AI er, desto større er sandsynligheden for, at anvendelsen gribes af reglerne, hvorfor parter/advokater/skønspersoner og domstolene bør have dette for øje.

Udbydere af generative AI-systemer må også forventes at tage stilling til disse forhold. Ifølge AI-forordningen skal den oprindelige udbyder af et AI-system ifølge Art. 25(2) "*arbejde tæt sammen med nye udbydere og stille de nødvendige oplysninger til rådighed og give den tekniske adgang og anden bistand, som med rimelighed kan forventes, og som kræves for at opfylde forpligtelserne i denne forordning...*". Denne forpligtelse gælder imidlertid ikke, i de tilfælde, hvor "*den oprindelige udbyder klart har præciseret, at dennes AI-system ikke skal ændres til et højrisiko-AI-system*".

Udbydere af generative AI-systemer må derfor forventes i deres dokumentation at afgrænse brugen af deres løsning til ikke at dække højrisiko-områder, da de ellers skal være til rådighed for de idriftsættere, der gør sig selv til udbydere ved at bruge AI-systemer til almen brug inden for et højrisikoområde.¹⁹

Uden for disse tilfælde er det relevant at notere sig de regler i AI-forordningen, der gælder AI-systemer med begrænset risiko. Det fremgår af art. 50(2) i AI-forordningen, at "*udbydere af AI-systemer, herunder AI-systemer til almen brug, der genererer syntetisk lyd-, billed-, video- eller tekstindhold, sikrer, at AI-systemets output er mærket i et maskinlæsbart format og kan spores som kunstigt genereret eller manipuleret*". Når denne bestemmelse finder anvendelse, vil det således være muligt at konstatere, om modtaget tekst er AI-genereret output.²⁰

2.6.3 Utilbørlig påvirkning af skønspersoner

Sagsøgte argumenterede i sagen for - ud fra flere vinkler - at skønspersonerne ved anvendelse af de frembragte ChatGPT-svar ville blive bragt i en situation, hvor deres faglighed kunne blive kompromitteret. Det blev samtidig gjort gældende, at spørgsmålene var utilbørligt ledende, da de grundlæggende forudsætter, at ChatGPTs svar er korrekte.

Efter retsplejelovens § 197, stk. 2, kan "*Retten kan endvidere afvise spørgsmål, som på en utilbørlig måde forsøger at lede skønsmanden i en bestemt retning*".

Indsigelsen om utilbørlig påvirkning af skønspersonerne kan i stort omfang afhjælpes ved håndtering af de forhold, der er beskrevet under punkt 2.2-2.5 og gennemførelse af de foranstaltninger, der er beskrevet der (og uddybet under punkt 4 nedenfor).

Det eliminerer dog ikke den grundlæggende udfordring, som er relevant i alle sammenhænge, hvor AI bringes i anvendelse: Hvordan sikres det, at AI ikke skaber en bias hos brugerne/modtagerne, der gør dem mere tilbøjelige til at følge output generet af AI sammenholdt med output genereret på anden (almindelig) vis?

AI-forordningen har for Højrisiko-AI-systemer forsøgt at tage højde for dette ved at pålægge udbydere at muliggøre menneskeligt tilsyn og gøre idriftsættere/brugere i stand til at "*være opmærksomme på den mulige tendens til automatisk eller i overdreven grad af forlade sig på output frembragt af et højrisiko-AI-system (automatiseringsbias), navnlig for så vidt angår højrisiko-AI-systemer, der anvendes til at give oplysninger eller anbefalinger til afgørelser, der skal træffes af fysiske personer*".²¹

Uanset om disse krav finder anvendelse i forhold til en given brug af generativ AI, vil der være behov for en håndtering af problemet. Parter i retssager, hvor syn- og skøn udmeldes, er også nødt til at være opmærksomme på, at skønspersoner i stadig større grad selv må forventes at ville gøre brug af generativ AI til at bistå dem med besvarelse - både som værktøj, men også som selvstændig kilde. Det er derfor under alle omstændigheder relevant at overveje de

¹⁵ Se Art. 113 i AI-forordningen om ikrafttræden. Art. 9-15 i forordningen indeholder de substantielle krav til Højrisiko-AI-systemer. Forpligtelserne påhviler i hovedsagen udbyderen og ikke dem, der blot bruger AI-systemet (idriftsætter), se art. 16 henholdsvis 26.

¹⁶ AI-forordningen opererer med en definition af "*tilsigtet formål*": "*den anvendelse, som et AI-system af udbyderen er tilsigtet, herunder den specifikke sammenhæng og de specifikke betingelser for anvendelse som angivet i de oplysninger, udbyderen giver i brugsanvisningen, reklame eller salgsmaterialet og reklame- og salgserklæringerne samt i den tekniske dokumentation*".

¹⁷ Se betragtning (85) i AI-forordningen.

¹⁸ Se AI-forordningen Art. 25.1 (c).

¹⁹ I det praksiskodeks, som udbydere af AI-systemer til almen brug opfordres til at udarbejde efter Artikel 56 (kaldet "*General Purpose AI Code of Practice*"), skal udbyderen fastlægge en politik om brugen af systemet ("*An Acceptable Use Policy (AUP)*"). I denne politik skal udbyderen tage stilling til "*Acceptable uses, listing activities and tasks that are allowed, including high-risk AI uses (within the meaning of Article 6 AI Act in conjunction with Annex I and III AI Act), if any, that the model is intended to be integrated into*". Dokumentet findes lige nu i udkast og forventes endeligt i maj 2025. Se nærmere AI-office's hjemmeside: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/second-draft-general-purpose-ai-code-practice-published-written-independent-experts>.

²⁰ Bestemmelsen i Art. 50 finder anvendelse fra 2. august 2026, se Art. 113 i AI-forordningen.

²¹ Se AI-Forordningen Art. 14.4(b).

tiltag, der kan gøres for at modvirke en mulig automatiseringsbias, uanset om parterne selv ønsker at gøre brug af generativ AI i processen.²²

3. Særligt om ensidigt indhentede erklæringer

Parterne var i sagen uenige om, hvorvidt et svar afgivet til ChatGPT udgjorde en ensidigt indhentet erklæring eller noget, der kan sidestilles hermed. Sø- og Handelsretten havde ikke anledning til at forholde sig til denne uenighed. Det er imidlertid væsentligt at afklare status af svar frembragt via generativ AI, da parterne i praksis ikke kan tilvejebringe disse forud for sagens anlæg.

Retsstillingen vedrørende ensidigt indhentede erklæringer er i dag lagt fast i retsplejelovens § 341 a, der i hovedsagen kodificerer Højesteretspraksis.²³

Det afgørende for om en erklæring kan fremlægges er i hovedsagen, om (i) den er indhentet før sagens anlæg, og (ii) omstændighederne omkring dens tilblivelse eller andre forhold ikke giver grundlag for at afvise den. En part kan under samme omstændigheder fremlægge en "moderklæring" indhentet efter sagens anlæg, hvis den anden part har fremlagt en erklæring inden sagens anlæg.²⁴

Ved en sagkyndig erklæring forstås almindeligvis en af sagen uafhængig og præsumptivt sagkyndig tredjepart afgivet bedømmelse af tekniske, økonomiske og lignende forhold, der ikke indhentes efter reglerne om syn og skøn, og som har til formål at tjene til bevis i en retssag.²⁵

Det er korrekt at anføre, at et output genereret af AI ikke er en erklæring i gængs forstand, da dette forudsætter en menneskelig "afgiver" af erklæringen. Spørgsmålet er herefter, om et sådant output efter en analogi kan sidestilles hermed, hvis generativ AI anvendes som andet og mere end blot et værktøj, jf. sontringen ovenfor under punkt 2.6.1.

For dette taler, at et output til brug for syn- og skøn tilvejebragt af generativ AI træder i stedet for noget, der ellers ville have været tilvejebragt gennem en menneskelig sagkyndig erklæring. Med andre ord - skønspersonen bliver bedt om at forholde sig til noget skabt af en anden.

Omvendt vil et output genereret med udførlige kildehenvisninger og tilvejebragt på et transparent grundlag og med transparent ræsonneren kunne siges i højere grad at være noget "tredje" og en ny mulighed for på effektivt vis at tilvejebringe et bedre grundlag for en skønspersons sagkyndige vurdering.

Her bliver det også relevant at inddrage det synspunkt, som blev fremdraget af sagsøgeren - nemlig at sagsøgeren jo blot kunne gøre teksten til sin egen og bede skønspersonen forholde sig til den i sin egen ret (hvis det ellers er lovligt efter AI-forordningen, jf. punkt 2.6.2 ovenfor). Eksempelvis overdrager OpenAI alle rettigheder til output til brugeren, og der er sædvanligvis ikke "droit moral" hensyn, der tilsiger, at ophavet skal deklareres.²⁶ Hvis en part har mulighed for at fremlægge indholdet som sådant, bør det forhold, at det er tilvejebragt via generativ AI ikke forhindre dette.

Sagkyndige erklæringers betydning og værdi kan basalt set fastlægges ud fra to parametre: (i) indholdet af selve erklæringen (hvad bibringer den af viden), og (ii) afgiveren (hvilken faglig tyngde har den pågældende).

Hvis formålet med indhentelsen af svar ved brug af generativ AI er at give et fundament for en skønspersons besvarelse, kan der i bevismæssig henseende principielt ses bort fra det generative AI-system som "afgiver", og indholdet kommer alene til sin ret, i det omfang skønspersonen finder indholdet relevant og korrekt (og får mulighed for at forholde sig til de rejste spørgsmål i skønsteamet på objektivt vis).

Sammenfattende er det derfor hensigtsmæssigt at nå frem til, at output skabt ved brug af generativ AI ikke skal sidestilles med en ensidigt indhentet erklæring, hvis den vel at mærke alene bruges som forlæg for et syn- og skøn eller til at facilitere dette.

4. Kendelsens rækkevidde

Sø- og Handelsrettens kendelse i den konkrete sag må på grundlag af analysen ovenfor vurderes at være rigtig.

Det må dog samtidig konstateres, at de indsigelser, der formentlig ligger til grund for rettens præmisser, kan overvindes - dels med fremkomsten af de nyere og forbedrede sprogmodeller/AI-systemer, og dels med en anden tilgang fra parternes side til anvendelse af generativ AI. Kendelsens rækkevidde må derfor antages at være begrænset.

Kendelsen har dog ikke taget stilling til det helt centrale spørgsmål om relevans; hvorfor er det i det hele taget relevant at bruge generativ AI som kilde i et syn- og skøn, og hvad kan det tilføre sagen? Det må derfor antages, at selvom en part kan overvinde indsigelser om usikkerhed og grundlag for prompting mv., skal parten stadig kunne redegøre for, hvad det er, der specifikt opnås ved brug af generativ AI, jf. retsplejelovens § 341.

²² Efter retspraksis tillades det i øvrigt under visse omstændigheder, at skønspersoner kan blive forelagt konklusioner fra ensidigt indhentede erklæringer. Se eksempelvis UfR 2024.2375 ØL, hvor Østre Landsret konkluderede, at "Efter en samlet vurdering af brandundersøgelsesrapportens indhold finder landsretten ikke grundlag for at antage, at den afsluttende vurdering og konklusion i erklæringen er egnet til på utilbørlig måde at påvirke besvarelsen af skønsmålet".

²³ I kendelsen optrykt i UfR 2007.2040H blev det konkluderet, at: "En part kan i almindelighed ikke afskæres fra at fremlægge udtalelser og erklæringer, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere og eksperter". Dette blev fulgt op af en række yderligere kendelser (UfR 2008.2193 HK og UfR 2008.2393 HK), og ved kendelsen optrykt i UfR 2011.151 H fastlagde Højesteret retsstillingen i forhold til ensidige erklæringer indhentet forud for en sags anlæg og anførte, at: "Højesteret finder, at en part som udgangspunkt ikke er afskåret fra at fremlægge udtalelser og erklæringer om forhold af teknisk, økonomisk eller lignende karakter, der inden sagsanlægget er indhentet hos rådgivere eller sagkyndige".

²⁴ I sammenhæng hermed er også bestemmelsen i retsplejelovens § 209 a relevant, da den giver mulighed for enten som supplement eller i stedet for syn- og skøn at tillade indhentelse af erklæringer fra sagkyndige efter fælles anmodning fra parterne.

²⁵ Se Erik Hørlycks artikel i UfR 2014B.355 og de i note 3 i artiklen citerede referencer.

²⁶ Se <https://openai.com/policies/eu-terms-of-use/>: "Ownership of content. As between you and OpenAI, and to the extent permitted by applicable law, you (a) retain your ownership rights in Input and (b) own the Output. We hereby assign to you all our right, title, and interest, if any, in and to Output". Ophavsretslovens § 3 tilsiger kreditering efter god skik, og det vil formentlig ikke være påkrævet at nævne OpenAI som ophav til svar genereret på prompts i ChatGPT. Den amerikanske ophavsretsmyndighed (United States Copyright Office) har i øvrigt i sin rapport fra januar 2025 om "copyrightability" konkluderet, at tekstprompts til AI-systemer ikke anses som tilstrækkeligt kreativt bidrag til at skabe ophavsretlig beskyttelse: "The Office concludes that, given current generally available technology, prompts alone do not provide sufficient human control to make users of an AI system the authors of the output" (<https://copyright.gov/ai/Copyright-and-Artificial-Intelligence-Part-2-Copyrightability-Report.pdf>).

Det må også forventes, at domstolene vil have et øje på de regulatoriske aspekter, jf. punkt 2.6.2, og kendelsen forholder sig selvsagt ikke til disse, da de relevante regler endnu ikke trådt i kraft.

5. Perspektivering og forslag til rammer for forsvarlig brug af generativ AI ved syn- og skøn

Generativ AI er i en rivende udvikling, og det vil være omsonst at tro, at det ikke også skulle finde vej ind i centrale dele af bevisførelsen i retssager. Det kan ske ved, at parterne enten selv anvender det og/eller, at udpegede skønspersoner gør det uafhængigt af parterne. Endvidere kan domstolene (og voldgiftsretter) også selv tænkes uformelt at ville efterprøve indhold af sagkyndige erklæringer eller indholdet af en skønserklæring, hvis den ikke er forståelig eller for dem fremstår korrekt.

Denne udvikling tilsiger, at de involverede parter proaktivt bør forholde sig til brugen af generativ AI og i al fald indledningsvis sikrer sig følgende:

- I. Skal generativ AI anvendes til udformning af skønstema eller spørgsmål heri?
- II. Skal det foregå som blot et værktøj for parterne, eller skal det have en videregående anvendelse som egentlig kilde?
- III. Skal skønspersonerne selvstændigt have mulighed for at anvende generativ AI som led i deres besvarelse (og i bekræftende fald: hvad skal deklarereres herom og fremlægges)?

Hvis generativ AI skal anvendes til at tilvejebringe grundlag for syn- og skøn, bør følgende afklares og fastlægges:

- IV. Hvilket generativt AI-system, der primært skal benyttes, og om der skal anvendes sekundære AI-systemer (se nedenfor)
- V. Rammer for og konkret anvendt prompt engineering, herunder i forhold til meta-instruktioner
- VI. Krav til kildegrundlag for output
- VII. Eventuel fastlæggelse af "temperatur" (hvis der er mulighed for at regulere den)
- VIII. Skal prompting ske i samme tråd eller ved selvstændige nye tråde for hvert spørgsmål

I forhold til selve gennemførelsen af prompting, bør parterne overveje følgende:

- IX. Prompting og output bør genereres under kontrollerede forhold (og gerne med brug af en neutral instans (i.e. konto) ved en fælles session, hvor parterne kan betrygges i, at output er genereret på forsvarlig vis uden manipulation af systemet)
- X. Varians i svar bør afdækkes ved at gentage prompts for dermed at undgå probabilistiske udsving
- XI. Skal prompts afvikles på mere end ét generativt AI-system for at teste korrektheden af de afgivne svar, som det primært valgte generative AI-system er fremkommet med.

De nævnte tiltag giver ikke nødvendigvis en fuld afdækning af risici i forhold til brug af generativ AI ved syn og skøn, men de vil i al fald skabe et mere sikkert og betryggende grundlag for syns- og skønprocessen samt medvirke til at forbedre det materielle resultat.

Det er samtidig klart, at ovenstående forslag til retningslinjer løbende skal genbesøges i takt med, at generativ AI udvikles.