

Litteratur

D. HACKER, *Verhaltensökonomik und Normativität*, Mohr Siebeck, Tübingen 2017, 1021 s.

Ett relativt nytt sätt att påverka beteenden utan att påverka människors värderingar är vad som — i brist på ett bättre svenskt ord — kallas *nudging*. *Nudge* på engelska betyder ”puffa” och *nudging* kan exempelvis användas för att få människor att fatta beslut som är bättre för miljön eller för deras hälsa eller ekonomi. *Nudging* är sprunget ur observationen att individer ofta avviker från det beteende som förutspås av klassiska ekonomiska modeller, exempelvis när det gäller att reagera på priser och information. Empiriska studier av människors faktiska beteende visar exempelvis att de inte alltid gör de ekonomiskt mest fördelaktiga eller rationella valen, utan i stället är präglade av mentala genvägar, impulser och vanebeteenden. En *nudge* används därefter baserat på insikterna för att, utan tvång eller genom att strukturera valmöjligheter, påverka individerna.¹ *Nudging* kan till exempel användas för att få människor att fatta beslut som är bättre för miljön eller för deras hälsa. En *nudge* kan användas för att, utan tvång eller genom att begränsa valmöjligheter, påverka individer i en hållbar riktning. *Nudging* är dock ingen patentlösning utan potentialen ligger snarare i att kunna bidra till utformningen och implementeringen av andra politiska verktyg och kan på så sätt förbättra effekten av dessa, genom relativt små insatser och medel.² Politiker och beslutsfattare har börjat inse möjligheterna med *nudging* och strategier för beteendeförändring inom olika områden.³ Tekniken har föreslagits av entreprenörer⁴ och politiker⁵ och har vunnit insteg också i den konsumentskyddande lagstiftningen.⁶ Termen har inte tagits emot helt utan invänd-

¹ Se SOU 2017:99 s. 59 f. Utredningen menar att *nudging* går ut på att *begränsa* valmöjligheterna. Det är nog vanligen inte alls poängen. I stället anses nog *nudging* gå ut på att inte på det traditionellt rättsliga sättet beröva individerna valmöjligheter utan i stället — med bibehållen valfrihet — underlätta ”korrekta” val. Om man så vill handlar det om att manipulera individernas val.

² Se SOU 2017:99 s. 14.

³ Se SOU 2017:99 s. 60.

⁴ Se t.ex. <https://nudgd.se/vara-tjanster/>.

⁵ Se t.ex. 2017/18:238 s. 106; 2016/17:104 s. 107; prop. 2016/17:1, Utgiftsområde 18, s. 62; 2017/18:MJU22 s. 34; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016IE1333&from=PL>; <https://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/03/konsumentverket-far-uppdrag-att-arbeta-for-en-mer-miljosmart-konsumtion/>; <https://sverigesradio.se/artikel/6028113> och https://www.riksdagen.se/sv/dokument-lagar/dokument/motion/offentlig-nudging-for-klimatet-_H8022721. Se också t.ex. SOU 2021:23 s. 144; SOU 2020:48 s. 153; SOU 2020:69 s. 244 f.; SOU 2020:46, Del II, s. 686; SOU 2018:84 s. 217; SOU 2018:76 s. 119 f.; SOU 2017:99 s. 14 ff.; SOU 2016:89 s. 125 f.; I. Eriksson, *Nudging och pensioneringsbeslut*, Rapport 22, Delegationen för senior arbetskraft, S 2018:10; och O. Mont, M. Lehner & E. Heiskanen, *Nudging, Ett verktyg för hållbara beteenden?*, Naturvårdsverket 2014.

⁶ Se t.ex. 7 a kap. 1 § lagen (2010:751) om betaltjänster.

ningar: den har kallats för ”modeord”⁷ och tekniken har beskrivits som ”de små stegens tyranni”⁸.

Nudging bygger på insikter från *beteendekonomin*, som försöker kartlägga och förstå de observerade avvikelserna från förväntat rationellt beteende och på så vis på ett mer rättvisande sätt förutspå hur individer beter sig.⁹ Framträdande representanter för den här forskningen är nobelpristagarna Daniel Kahneman¹⁰ och Richard H. Thaler. Kahnemans och Thalers forskning kan sägas vara beteendepsykologisk med en ekonomisk tillämpning; Thalers medförfattare Cass R. Sunstein närmar sig frågan från ett mer juridiskt håll.¹¹ I verklig mening rättsvetenskapliga behandlingar av *nudging*-tekniken är det emellertid mera ont om. Hackers bok erbjuder just en sådan *mycket* omfattande behandling.

Omfattningen av Hackers framställning — över 1 000 sidor — är ett mått på hans ambitionsgrad. Projektet är mycket ambitiöst och går ut på att utifrån beteendepsykologiska rön utforma rättsregler som tar hänsyn till hur människor faktiskt fungerar. Föresatsen är tveklöst vällovlig.

I sin inledning behandlar han dels önskvärldheten och nyttan av att inom rättsvetenskapen bygga på utomrättslig kunskap, dels utmaningarna med att göra så (§ 1). Det kan inte på allvar ifrågasättas att detta anslag är det rätta. Man kan kalla förförandet ”tvärvetenskapligt”, ”transdisciplinärt” eller egentligen vad som helst. Ytterst handlar det om att göra juridiken relevant: ”Das Recht ist um des *Lebens* willen da”.¹² I princip delar jag Hackers önskan om en ”evidensbaserad rättsvetenskap” som, genom att integrera den rättsliga erfarenhet med empiriska rön, ökar sannolikheten för i sak korrekta beslut.¹³ Utgångspunkterna och den övergripande strukturen för arbetet (§ 2) är således människans begränsade rationalitet, ovissheten och de krav som kan ställas på ett under sådana förhållanden rationellt beslutsfattande; de normativa föreställningar som kan legitimera normgivning baserad på empiriska vetenskapliga rön; alternativa normgivningslösningar mot den empirisk-psykologiska bakgrunden; tillämpning på konkreta exempel — Hacker behandlar värdepappersrörelse och e-handel — ; och allmänna ”läror” vad gäller infogandet av beteendepsykologiska rön i normgivningen.

I den efterföljande *Första delen* behandlas beteendepsykologin: *homo oeconomicus* och kritik av den modellen (§ 3);¹⁴ begränsad rationalitet och beteendepsykologi (§ 4); ovisshet och kunskapsproblem (§ 5). Sammanfattningen av forskningsläget och problemformuleringarna i denna del förefaller vara väl utförda. I *Andra delen* behandlas frågan om behovet av normativt rättfärdigande av försöken att ”korrigera” irrationella beslut (§ 6); idéer om hur en normativt förankrad beslutsmatris kunde se ut (§ 7); och den grundläggande normativa föreställningen (*Leitbild*) (§ 8). I *Tredje delen* konfronterar Hacker den förhärskande informations-

⁷ Se Riksdagens protokoll 2016/17:92, Anf. 111 Lars Beckman (M).

⁸ Se motion 2018/19:1181 av Peter Persson och Erik Ezelius (båda S).

⁹ Se t.ex. 7 a kap. 1 § lagen (2010:751) om betaltjänster.

¹⁰ Se hans *Thinking, Fast and Slow* (2012).

¹¹ Se, numera, Thalers och Sunsteins bok, *Nudge. The Final Edition* (2021).

¹² Se R. Sohm, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Privatrechts*, 17 uppl. (1928) (red. Mitteis), s. 26.

¹³ Se H. Hamann, *Evidenzbasierte Jurisprudenz* (2014), s. 315, varifrån uttrycket också har hämtats.

¹⁴ *Homo oeconomicus* som analytiskt verktyg försvaras (om än långt ifrån okritiskt) i G. Kirchgässner, *Homo Oeconomicus. Das ökonomische Modell individuellen Verhaltens und seine Anwendung in den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften*, 4 uppl., (2013).

modellen (avtalsparter, främst konsumenter, ska förses med tillräcklig, korrekt och relevant information) med de beteendepsykologiska rönen. Därvid beskrivs först själva informationsmodellen (§ 9), varefter alternativa modeller diskuteras (§ 10). Komponenterna hos en alternativ modell analyseras sedan (§ 11). I *Fjärde delen* prövas den alternativa modellen på dels värdepapperstjänster (§ 12), dels e-handel (§ 13). I en avslutande "Syntes" beskrivs den systematiska integreringen av beteendepsykologi i normgivningen (§ 14) och ges avslutningsvis en rad sammanfattande "teser" (§ 15). Verket innehåller en omfattande och mycket värdefull källförteckning, liksom ett dessvärre tämligen knapphändigt register (särskilt givet de 1 000 sidorna). Emellertid innehåller boken dels en översiktlig innehållsförteckning, dels en detaljerad "analytisk" förteckning över innehållet som betydligt underlättar läsarens navigering genom materialet. Rent språkligt är boken välskriven.

Boken är på tok för omfattande för att det i en anmälan av det här slaget ska gå att sammanfatta innehållet på ett meningsfullt sätt (utöver den schematiska genomgången ovan). Men det finns några saker att relativt kortfattat invända mot eller problematisera. Ett varningens finger borde nog höjas redan vad gäller de empiriska rönen. Inom alla vetenskaper — men kanske mest akut inom psykologin — befinner vi oss i en "repliceringskris". Det visar sig vid närmare påseende att många av de "rön" som rapporteras i den facklitteraturen i själva verket vilar på mycket osäker grund, eftersom i praktiken endast positiva rön rapporteras medan repliceringsförsök som "misslyckas" (dvs. egentligen falsifikationer av de påstådda rönen) inte publiceras.¹⁵ Om rönen från empiriska vetenskaper ska integreras i rättsvetenskap, normgivning och rättskipning krävs att man från juridiskt håll förstår hur empirisk forskning går till.¹⁶ Härvidlag kan olika principer användas för att göra det möjligt att på ett bra sätt bedöma forskningsresultaten. En sådan uppsättning regler ges av Hanjo Hamann: (a) All empirisk forskning är implicit normativ genom att olika normativa antaganden och värderingar ofrånkomligen smyger sig in; (b) noggrann planering är viktigare än statistisk sofistikerad; (c) utan hypotes ges inget resultat; (d) resultatet utgörs inte av den statistiska signifikansen utan av effekten storlek; (e) en bild säger mer än tusen signifikanser; (f) empirisk kunskap är kumulativ, varför metastudier som bygger på flera olika primärstudier ger bättre beslutsunderlag än varje enskild primärstudie för sig.¹⁷

I vissa avseenden uppstår både konceptuella, men kanske främst praktiska, problem pga. Hackers höga ambitionsnivå. Han presenterar en allmängiltig *formel* för acceptabel, beteendeeconomiskt informerad och normativt motiverad reglering (s. 26 f.):

¹⁵ Repliceringskrisen diskuteras utförligt och konkret med särskilt fokus på just beteendepsykologin i C. T. Bergstrom & J. D. West, *Calling Bullshit. The Art of Scepticism in a Data-Driven World* (2021); se också S. Richie, *Science Fictions. Exposing Fraud, Bias, Negligence and Hype in Science* (2021) och Kj. Asplund, *Fuskarna. Om Macchiarinis och andras svek mot vetenskapen* (2021). Alla böckerna kan rekommenderas varmt i dessa tider av konspirationsteorier, *fake news* och pseudovetenskap. Strängt taget bekräftar det hela Karl Poppers falsifieringstest som provosten för vetenskaplig kunskap. Särskilt inom samhälls- och humanvetenskaperna behöver Popper ges avsevärt större spridning.

¹⁶ Se Hamann (2014), s. 316.

¹⁷ Se Hamann (2014), s. 317. Jag har något förkortat Hamanns lista. Frågorna behandlas också, men ur ett specifikt förvaltningsrättsligt perspektiv, i I. Augsberg, *Informationsverwaltungsrecht. Zur kognitiven Dimension der rechtlichen Steuerung von Verwaltungsentscheidungen* (2014).

$$\sum \gamma_i \cdot f_i > \sum \gamma_j \cdot n_j \rightarrow \text{reglering (+)}$$

Om summan av de deontologiskt viktade fördelarna överstiger summan av de deontologiskt viktade nackdelarna har regleringen ett positivt värde

$$i, j \in \mathbb{N}$$

Värdena i och j utgör naturliga tal

$\gamma \equiv$ deontologisk koefficient

$f \equiv$ fördel

$n \equiv$ nackdel

En sådan formalisering av argumentationen kan möjligen vara konceptuellt klargörande i den meningen att den förtydligar de logiska sambanden. Men det torde vara rätt uppenbart att den ”deontologiska viktning” som formeln förutsätter inte kan i egentlig mening kvantifieras utan alltid måste vara kvalitativ och i grunden godtycklig på det sättet att det inte finns något objektivt sätt att komma fram till den och det alltid kommer att (kunna) finnas olika uppfattningar om vad som är en korrekt viktning. Här handlar det nog om ett exempel på vad Carl T. Bergstrom och Jevin D. West kallar för ”mathiness”, dvs. ”formulas and expressions that may look and feel like math” men inte egentligen är det.¹⁸ Det grundläggande problemet med ett sådant framställningssätt är att det ger ett helt missvisande — ofta t.o.m. direkt vilseledande — intryck av precision, vederhäftighet och allmän trovärdighet.

De konkreta åtgärder han föreslår för att komma åt det han har identifierat som irrationella resonemang är långt ifrån oproblematiska; de kan t.o.m. vara kontraproduktiva. Jag ska begränsa mig till att diskutera de åtgärder han specifikt föreslår avseende värdepappersinstitutens tjänster.¹⁹ Han menar att regelverket borde bygga på följande element: (1) För icke-professionella kunder ska det presumeras att de besitter endast ringa kunskaper och färdigheter (att vederläggas endast med hjälp av fakta); (2) avrådan ska lyftas fram genom val av lämpligt medium eller typografiska grepp; (3) över en viss investeringsexponering ska ett lämplighetsprov genomföras avseende investeringen (ev. kan detta ske med hjälp av *big data* i framtiden); (4) den standardiserade informationen borde utformas så att den tar hänsyn till stigande komplexitet och är omedelbart begriplig; (5) vad gäller professionella kunder och jämbördiga motparter ska presumptionen om deras tillräckliga kompetens överges; (6) också för jämbördiga motparter bör den standardiserade informationen ta höjd för varierande komplexitet; (7) när en kund överskrider vissa trösklar och har visat ett tidigare ”irrationellt” investeringsbeteende ska särskilda upplysningar tillhandahållas; (8) olika *fairness nudges* bör införas för att styra investeringar så att de främjar rättvisa; och (9) ett produktansvar för finansiella produkter borde införas för emittenter av instrument som pga. sin spekulativa natur ger upphov till orimliga risker (s. 865 f.).

Generellt sett måste beaktas att skyddsregler av de föreslagna slagen alltid för med sig en ytterligare kostnad. Det är inte en enbart teoretisk risk att de investerare som omfattas av ”skyddet” pga. den ökade kostnaden helt enkelt inte erbjuds vissa tjänster. Så har redan skett genom de

¹⁸ Se Bergstrom & West (2021), s. 96. Företeelsen diskuteras relativt konkret och utförligt på s. 96–100. Avsnittet kan i mycket hög grad rekommenderas om det är nötkreaturgödseln man vill avslöja.

¹⁹ Sammanhanget är den i grunden unionsrättsliga reglering som i svensk rätt återfinns i 9 kap. lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

regler som Hacker vill förändra. För investerare — särskilt för icke-professionella investerare — innebär det en stor ekonomisk risk att uteslutas från vissa finansiella tjänster och produkter som hade kunnat öka deras ekonomiska välfärd. De lättnader som idag gäller i förhållande till professionella kunder och jämbördiga motparter har införts till stor del pga. av önskemål från just de kundkategorierna. Det är vidare uppenbart att finansiella företag sinsemellan inte rimligen borde behandla varandra som skyddsbehövande. Den föreskrivna standardiserade informationsgivningen skapar idag tämligen stora problem genom att de myndigheter som utformar standardiseringen saknar kunskap och fantasi, och är begränsade avseende framtida händelser på åtminstone samma sätt som alla andra, varför den föreskrivna informationen kan bli direkt missvisande för en mottagare som inte kan genomskåda de framreglerade bristerna. *Fairness nudges* är problematiska redan på den punkten att det inte råder någon samstämmighet kring vad som är rättvist. Genom att införa sådana regler utsätts kunderna — som också är medborgare i en demokrati och därför ytterst ska utforma den offentliga politiken — för politisk manipulation, ev. på bekostnad av deras ekonomiska välfärd.²⁰ Också förslaget om ett produktansvar är problematiskt. Idén bygger på en rad tveksamma antaganden, såsom att det går att avgöra exakt vad utfallet av en investering kommer att bli (ett ohållbart antagande av den enkla anledningen att framtiden är oviss), att orimligheten inte är objektivt given och att det inte råder någon (alls) klarhet kring vad som avses med ”spekulation” (återigen eftersom framtiden är oviss). Till sist finns det också en normativ invändning: Det är inte ”lagstiftarens sak att säkra att konsumenterna betar sig på ett sätt som enligt en eller annan ekonomisk skolriktning anses vara ’rationellt’. Människor har rätt att bete sig på ett sätt som av ekonomisk teori kan uppfattas som ’irrationellt’, om det är det de önskar göra. Det är således inte godtagbart att lagstiftaren förbjuder eller annars förhindrar en i skolekonomisk mening ’irrationellt’ agerande från konsumenternas sida. Ett legitimt uppdrag för lagstiftaren är däremot att förbättra möjligheten för konsumenterna att fatta så välinformerade beslut som möjligt (under iakttagande av den ytterligare nytta som en kostsam informationsbehandling medför)”.²¹

Sammanfattningsvis skulle jag vilja säga att Hackers bok är synnerligen läsvärd och ett exempel på den sorts rättsvetenskap vi behöver se mycket mer av. Även om jag alltså inte håller med om alla hans slutsatser, har hans undersökning ett stort värde i att den på ett mycket grundligt underlag försöker få till konkreta regler. För det är endast genom en sådan konkret prövning som våra rättsvetenskapliga teorier kan fylla sin funktion i det praktiska livets tjänst.

Dan Hanqvist

²⁰ Så är t.ex. redan fallet med förordningen (EU) 2015/760 om europeiska långsiktiga investeringsfonder (se D. Hanqvist, ”*Fissus erat tenui rima* — förordningen om europeiska långsiktiga investeringsfonder”, JP 2016 s. 255 (s. 289 f.)).

²¹ Se Advokatsamfundets remissvar R-2016/2022, Ju2016/06971/L2, 2017-01-24, s. 2. I sammanhanget säger sig Advokatsamfundet föredra en slags *nudging*. Förhoppningarna om framkomligheten på den vägen med bevarad personlig integritet bör dock som framgår av resonemanget i texten inte ställas för högt.