

Bengt Domeij

Krav på att få nyttja andras industriella data (som inte är personuppgifter) för att kunna utveckla AI-tjänster: en översikt

1 Inledning

Samhället utvecklas och förändras genom att vissa tillgångar blir mer värdefulla medan andra tappar i betydelse. De senaste åren har ofta sagts att data är vår tids olja.¹ Med data har då främst åsyftats personuppgifter. Annan data än personuppgifter har inte uppmärksammats i samma utsträckning, förmodligen eftersom den ännu inte har fått lika stor praktisk användning, exempelvis för riktad reklam, och inte heller ger särskilda integritetsproblem. Industriell data, eller icke-personuppgifter, är något som huvudsakligen insamlas i realtid genom sensorer på produkter och väntas få allt större betydelse de närmaste åren. Industriell data är bland annat värdefullt vid utveckling av AI-baserade tjänster för optimering av olika slags processer, allt ifrån trafikflöden till jordbruk och industritillverkning.² För att träna en AI-algoritm som kan styra en sådan process,

¹ Se exempelvis <https://www.economist.com/> May 6th 2017 edition, artikeln "The world's most valuable resource is no longer oil, but data". Se vidare A. Nordberg, Trade Secrets, Big data and Artificial Intelligence Innovation: a Legal Oxymoron?, The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU: An Appraisal of the EU Directive, (red.) J. Schovsbo, T. Minssen, T. Riis (2020) s. 194.

² Preamble 9, Förordning (EU) 2018/1807 om en ram för det fria flödet av andra data än personuppgifter i Europeiska unionen: "Det växande sakernas internet (IoT), artificiell intelligens och maskininlärning utgör viktiga källor till andra data än personuppgifter, till exempel som ett resultat av deras användning inom automatiserade industriella pro-

behövs som regel mycket stora mängder data.³ Stundom är det samma aktör som har tillgång till data och som planerar att utveckla en AI-baserad tjänst, men det är långt ifrån alltid fallet.⁴ Det är också så att aggregerad data ofta är värd mer än summan av de ingående datasamlingarna.⁵ Det sagda riktar uppmärksamheten mot ett problem: datasamlingar för träning av AI förflyttas inte enkelt dit där de ger mest värde.

Data är ett objekt med särskilda avtalsproblem för företag och innovatörer. Det är ett förhållandevis nytt avtalsobjekt och kan ha flera olika och ibland svårinsedda användningsmöjligheter. En biltillverkare kan via sensorer ha samlat in data för att underlätta service av bilen, men samma data kan kanske nyttjas för utveckling av system för självkörande bilar, men också av försäkringsbolag för att anpassa förarens försäkringspremiум. Det finns förmodligen andra och mer svårinsedda användningsmöjligheter för information i realtid om hur enskilda bilar framförs. Ta idén om en tjänst som anger tidsåtgång för alternativa färdvägar och som bygger på rådande genomsnittshastighet på olika vägar. En utvecklare av en sådan tjänst skulle förmodligen behöva data från många av de viktigaste fordonstillverkarna för att kunna utveckla tjänsten. Detta skulle vara svårt att avtala om och kanske hindra den aktuella tjänsten. Ett särskilt problem vid nya AI-tjänster är att en innovatör eventuellt inte vågar avslöja sin avsikt beroende på risken för att datainnehavaren själv väljer att utnyttja möjligheten. En patentansökan brukar användas som ett sätt att skaffa sig en säkrare förhandlingsposition när ett utvecklingsprojekt ska inledas i samarbete med andra.⁶ Men det är svårt att få immaterialrättsligt skydd för en idé om en ny tjänst. Innan idé prövats experimentellt är den

duktionsprocesser. Konkreta exempel på andra data än personuppgifter inkluderar aggregerade och anonymiserade datamängder som används för stora dataanalyser, data om precisionsjordbruk som kan bidra till övervakning och optimering av användningen av bekämpningsmedel och vatten, eller data om underhållsbehov för industriella maskiner.”

³ E. Rosati, Copyright as an Obstacle or an Enabler? A European Perspective on Text and Data Mining and its Role in the Development of AI Creativity, elektroniskt tillgänglig på <https://ssrn.com/abstract=3452376>.

⁴ A. Wiebe, Protection for Industrial Data – A New Property Right for the Digital Economy? *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 12(1), p. 63 (2017).

⁵ L. Cabral, et al, The EU Digital Market – A Report from a Panel of Economic Experts s. 20, The European Commission science and knowledge service, 2021, tillgänglig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783436.

⁶ B. Domeij, Patent och innovationsprocessens avtal s. 59–75 i *Ett innovationspolitiskt ramverk - ett steg vidare*, (red. P. Braunerhjelm), Entreprenörskapsforum, 2011, och även publicerad i NIR 2012 s. 122–140.

knappast patenterbar, eftersom tjänstidén i sig inte löser något tekniskt problem. Det finns knappast heller någon annan immaterialrätt som står till förfogande. Sammanfattningsvis är industriell data ett nytt värdefullt objekt som har särskilda svårigheter vid samarbetsavtal. När data inte kan överföras blir resultatet datasilos och att den fulla potentialen hos nya AI-tjänster riskerar att gå förlorad.

Den europeiska utvecklingen kring industriell data inledes med en diskussion av om det skulle behövas ett nytt immaterialrättsligt skydd.⁷ Införandet av en äganderätt underlättar, som sagt, avtal och är ett vanligt övervägande när ett immateriellt objekt genom teknisk utveckling har fått ökad betydelse. EU-kommissionen prövade i början av 2017 idén om att skapa en immaterialrätt för industriell data.⁸ I bland annat akademiska inlägg argumenterades emellertid för att det saknades ett sådant behov och att risken snarast var att den faktiska kontroll som fanns hos företag ifråga om industriell data, som uppnåddes genom tekniska spärar mot andras åtkomst och skyddet som finns för företagshemligheter, redan innebar att delningen mellan företag av icke-personuppgifter var alltför begränsad.⁹ Det bedömdes vara osannolikt att det fanns ett reellt behov av ytterligare incitament för utveckling av industriell data eller för nya begränsningar ifråga om användning. Industriell data uppstår, som sagt, genom sensorer som byggs in i produkter i syfte att kunna styra och övervaka funktionen. Kostnaderna för detta är inte jämförbara med de som finns vid ett större forskningsprojekt där utfallet brukar vara högst osäkert. Och efter kort tid kom diskussionen att istället gälla regler för ökad delning av data, både frivillig och tvingande sådan.¹⁰ EU-kommissionens nya bild av läget för icke-personuppgifter år 2020 var att det fanns

⁷ M. Leistner, The existing European IP rights system and the data economy – An overview with particular focus on data access and portability, s. 249 i Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, tillgänglig på <https://doi.org/10.5771/9783748924999-1>, am 14.07.2021 och https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3625712.

⁸ Communication from the European Commission of 10 January 2017 – Building a European Data Economy, COM(2017) 2 final, s. 13.

⁹ J. Drexel, Designing Competitive Markets for Industrial Data, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, tillgängligt på <https://ssrn.com/abstract=2862975>.

¹⁰ J. Drexel, Connected devices – An unfair competition law approach to data access rights of users, DOI:10.5771/9783748924999-477, publicerad i boken Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, s. 477 (483), och tillgänglig på https://www.researchgate.net/publication/350522751_Connected_devices_-_An_unfair_competition_law_approach_to_data_access_rights_of_users.

en bristande tillgång hos företag och avtalsproblem som kunde hindra innovationer i form av nya tjänster baserade på AI.

Värdet av data ligger i deras användning och vidareutnyttjande. För närvarande finns det inte tillräckligt med data tillgängliga för innovativt vidareutnyttjande, såsom utveckling av artificiell intelligens. Problemen kan grupperas enligt vem som innehar respektive använder uppgifterna, men också utifrån vilken typ av data det rör sig om (dvs. personuppgifter, icke-personuppgifter eller blandade datamängder med både och).¹¹

Trots den ekonomiska potentialen har datadelning mellan företag inte tagit fart i tillräcklig utsträckning. Detta beror på avsaknaden av ekonomiska incitament (och rädslan för att förlora en konkurrensfördel), ekonomiska aktörers bristande tilltro till att uppgifterna kommer att användas avtalsenligt, ojämna förhandlingspositioner, rädslan för att tredjeparter ska tillskansa sig uppgifterna samt en brist på rättslig klarhet om vem som kan göra vad med data (t.ex. med gemensamt skapade data, framför allt data från sakernas internet).¹²

EU Kommissionens avsikt är nu att förbättra företags tillgång till industriell data genom ett förslag till en ny Data Act som ska presenteras under fjärde kvartalet 2021.

[Ett förslag till en ny EU Data Act] will aim to increase access to and further use of data, so that more public and private actors can benefit from techniques such as Big Data and machine learning. The conditions of access and further usage in B2B relationships are often regulated by private contracts. The initiative would look both at data usage rights in industrial value chains and particularly at a fair distribution of usage rights that allow all parties to benefit from data-driven innovation. ... More specifically in this respect, the assessment will consider the following problems:

i. B2B data sharing works best where the data holder has an incentive to share data and the parties' negotiating power is comparable. A data holder with a stronger negotiating power may, however, unilaterally impose unfair terms and conditions to the detriment of a company seeking data access which could have the effect of making data sharing disproportionately difficult or economically prohibitive or refuse access to data altogether. This may prevent data-driven businesses from developing/running their business models and could push existing market players out of the market and prevent new players from entering the market.

¹¹ En EU-strategi för data s. 6, från den 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

¹² En EU-strategi för data s. 7, från den 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

ii. Non-personal data co-generated through industrial use constitute a specific class of data that will grow at exponential scale over the years to come (factory robots, agricultural machinery, etc.). The attribution of the rights to access and use such data is left to private contract. This can raise questions of fair competition in terms of the different markets (supplier, OEM-buyer relations, aftermarket). Also, there is untapped innovative potential in secondary and tertiary uses made of the data through the development of novel services that rely on access to such data.¹³

Grundproblemet är avtalssvårigheter som kan hindra innovation, något som är särskilt påtagligt för mindre och medelstora företag. Vid sådana förhållanden är naturligtvis framtvingad delning ett alternativ. En översikt av när så sker med icke-personuppgifter i europeisk rätt är ämnet för denna artikel. När det nedan talas om tvingande datadelning avses och inkluderas däri möjligheten för mottagaren att utföra de handlingar med data som mottagaren önskar, exempelvis att träna en AI-algoritm; ämnet för artikeln är således "access and use" ifråga om icke-personuppgifter. Rättsmedlen i Europa som har detta syfte är dels sektorspecifik lagstiftning, dels konkurrensrätt. Först ska emellertid kort utvecklas vad det praktiskt innebär att industriell data skyddas som företagshemligheter.

2 Industriell data som företagshemligheter

Regler kring företagshemligheter har bred tillämpning och omfattar all slags teknisk och kommersiell information hos näringsidkare, t.ex. kundregister och testdata. Åtminstone den övervägande mängden data hos företag som kan bli aktuell vid utveckling av AI-algoritmer uppfyller kriterierna i 2 § LFH (lag 2018:558 om företagshemligheter).¹⁴ Data inhämtad från sensorer placerade på industriella produkter är inte, varken som helhet eller i den form dess beståndsdelar ordnats och satts samman, allmänt känd hos eller lättillgänglig för de som normalt har tillgång till

¹³ EU Kommissionens Inception Impact Assessment, tillgängigt på https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13045-Data-Act-including-the-review-of-the-Directive-96-9-EC-on-the-legal-protection-of-databases-_en.

¹⁴ Den svenska definitionen av företagshemligheter härrör från direktiv 2016/943 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter). Se närmare A. Nordberg, Trade Secrets, Big data and Artificial Intelligence Innovation: a Legal Oxymoron?, The Harmonization and Protection of Trade Secrets in the EU: An Appraisal of the EU Directive, (red.) J. Schovsbo, T. Minssen, T. Riis (2020) s. 194.

information av det aktuella slaget. Informationen är unik för företaget. Vidare skulle ett röjande, så som krävs i 2 § LFH, vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende för innehavaren. Slutligen, ska innehavaren ha vidtagit rimliga åtgärder för att hemlighålla databasen, t.ex. att anställda eller affärspartners genom exempelvis lösenord eller avtal förstår eller förutsätter att innehavaren har avsett att hemlighålla informationen.¹⁵ Att informationen hade kunnat samlas in av andra, saknar betydelse för frågan om det finns ett skydd som företagshemligheter, så länge som data inte offentliggjorts av den som samlat in information. Delad data har fortsatt skydd, givet att mottagarna förstår att det rör sig om hemligheter och att de inte får spridas vidare. Företagshemligheter ska kunna spridas kontrollerat.¹⁶

Lagen skyddar mot att någon olovligen bereder sig tillgång till företagshemligheter, exempelvis tar sig förbi tekniska skydd. För den som lovligt har mottagit annans industriella data, sker ett olovligt utnyttjande om mottagaren använder företagshemligheterna i strid mot avtalet. Om exempelvis en mottagare av data har fått tillstånd att utveckla en viss AI-baserad tjänst, men istället utvecklar en annan AI-baserad användning, är handlandet i strid mot 3 § första stycket LFH. Om en mottagare har licens att använda data för eget nyttjande, men låter någon annan ta del av informationen, innebär det ett otillåtet röjande, enligt 3 § första stycket LFH.

I lagen om företagshemligheter från 2018 infördes regeln om att produkter som utomlands tillverkats på ett sätt som gynnats avsevärt av ett olovligt utnyttjande av företagshemligheter utanför Sverige, innebär intrång i de svenska företagshemligheterna när slutprodukterna förs till Sverige (utan att slutprodukten i sig innehåller företagshemligheterna, 3 § andra stycket LFH). Det är tveksamt om regeln träffar en AI-tjänst som utomlands tagits fram genom ett otillåtet utnyttjande av data/företagshemligheter. Enligt ordalydelsen i lagtexten gäller förbudet importerade varor, som exempelvis tagits fram genom någon annans hemlighållna tillverkningsprocess. Det finns, så vitt jag kan se, inget egentligt skäl till att en AI-baserad tjänst som utomlands tagits fram genom intrång i, i Sverige skyddade företagshemligheter, bör få erbjudas på den svenska marknaden. Men lagstiftning av detta slag bör inte tolkas i strid mot ordalydelsen. Det förefaller därmed finnas en begränsning i skyddet

¹⁵ Prop. 2017/18:200 En ny lag om företagshemligheter s. 31.

¹⁶ B. Domeij, Från anställd till konkurrent s. 128 (2016).

för företagshemligheter genom att hemlighållen data olovligen kan användas i utlandet för att utveckla och sedan erbjuda en ny tjänst i Sverige utan att den rättmätige innehavaren av företagshemligheterna kan hindra erbjudandet.

I tillägg till skyddet som företagshemligheter, finns det så kallade databasskyddet. Det är emellertid inte så relevant för industriell data, som man kanske skulle tro.¹⁷ Databasskydd innebär dels en möjlighet till upphovsrättsligt skydd för en originell struktur på en databas, dels finns ett *sui generis*-skydd för kopiering av sådana delar av en databas som förutsatt en väsentlig investering vid insamlingen av data.¹⁸ Vid utveckling av AI-tjänster finns behov av data, men värdet ligger knappast i den struktur som data har. Det gör ett eventuellt upphovsrättsligt skydd för strukturen relativt ointressant. De för AI-utveckling aktuella databaserna är normalt inte allmänt tillgängliga, vilket betyder att inte heller *sui generis*-skyddet för databaser spelar någon större roll. *Sui generis*-skyddet är främst väsentligt vid offentliggjorda databaser.¹⁹ Vidare kan påpekas att det förmodligen ofta inte har krävts en väsentlig investering för data som samlats genom ett företags produktsensorer.²⁰ Man kan konstatera att ett eventuellt databasskydd åtminstone inte framstår som centralt. Nu aktuell data hos företag är tekniskt åtkomstblockerad och utgör företagshemligheter, vilket räcker.²¹

Sammanfattningsvis finns ett skydd, vilket hindrar angrepp på sådan data som kan användas av företag för utveckling/träning av AI-baserade tjänster. När företag, genom sensorer, samlar in data uppstår företagshemligheter. Skyddet gäller utan behov av särskilda åtgärder och omfattar olovligt anskaffande, utnyttjande och röjande av data.

¹⁷ J. Drexler, Designing Competitive Markets for Industrial Data s. 20, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, tillgängligt på <https://ssrn.com/abstract=2862975>.

¹⁸ Direktiv 96/9/EC från 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser. Se J. Axhamn, Databasskydd s. 121 ff (2017).

¹⁹ Se J. Axhamn, Databasskydd s. 221 ff (2017).

²⁰ M. Leistner, The existing European IP rights system and the data economy – An overview with particular focus on data access and portability, s. 223 i Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, tillgänglig på <https://doi.org/10.5771/9783748924999-1>, am 14.07.2021 och https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3625712.

²¹ B. Domeij, Databasskydd och företagshemligheter, i G. Karnell, A. Kur, P-J. Nordell, D. Westman, J. Axhamn, S. Carlsson (ed.), Liber Amicorum Jan Rosén s. 254 (2016).

3 Lagstadgad tvingande datadelning

Det är drastiskt att tvinga företag att dela data/företagshemligheter. Det är därför knappast förvånande att EU-kommissionen har uttalat att en skyldighet för företag att dela insamlad data inte kan vara grundregeln i europeisk rätt, men samtidigt har sagt att en sådan skyldighet kan införas om tre villkor är uppfyllda: (1) skyldigheten till datadelning är begränsad till specifika sektorer/branscher, (2) det har konstaterats att det inte är möjligt att få till stånd frivillig handel med data i det aktuella fallet, (3) konkurrensrätten inte kan tillämpas för att lösa problemet.²² Kriterierna anses vara uppfyllda – tvång att dela data existerar – i ett fåtal specifika fall. En första situation är fordonsbranschen och vid reparations- och servicetjänster.

Förordning 715/2007 om typgodkännande av motorfordon ... och om tillgång till information om reparation och underhåll av fordon, som stadgar i artikel 6.1 att: ”Tillverkarna skall utan dröjsmål ge oberoende aktörer obegränsad och standardiserad tillgång till information om reparation och underhåll av fordon via lättillgängliga webbplatser och i standardiserat format och på ett sådant sätt att de inte diskrimineras jämfört med auktoriserade återförsäljare och verkstäder i fråga om den tillgång och information de sistnämnda ges. För att detta mål lättare skall kunna nås skall informationen lämnas på ett konsekvent sätt, inledningsvis i överensstämmelse med Oasis-formatets tekniska krav. ...”.

Det finns vidare ett direktiv, Second Digital Payment Services (DPS2), som reglerar datatillgång till förmån för betaltjänstleverantörer.²³ I nämnda direktiv, artikel 36, ges tvingande tillgång för tillhandahållare av digitala betalningstjänster, till bankkontodata avseende individer som har blivit betaltjänstföretagets kunder.

Ett tredje exempel på sektorsspecifik tvingande datadelning finns i ett direktiv om data från smarta el- och gasmätare.²⁴ Ytterligare tre exempel på lagstadgad sektorspecifik datadelning är en förordning om elnätsdata,²⁵

²² En EU-strategi för data s. 7, från den 19.2.2020, COM(2020) 66 final.

²³ Direktiv 2015/2366 om betaltjänster.

²⁴ Direktiv 2019/944 om gemensamma regler för den inre marknaden för el, och direktiv 2009/73/EG om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas.

²⁵ Förordning (EU) 2017/1485 Riktlinjer för driften av elöverföringssystem, och Förordning (EU) 2015/703 om fastställandet av nätföreskrifter med regler för driftskompatibilitet och informationsutbyte.

ett direktiv om standarder för intelligenta transportsystem²⁶ och information som härrör från testning av kemikalier på ryggradsdjur²⁷.

EU-kommissionen tycks emellertid vara beredd att ta ytterliga och mer betydelsefulla steg mot lagreglerad tvingande datadelning. Ett uppmärksammat initiativ är förslaget från december 2020 till en Digital Market Act (DMA), som syftar till att skapa öppna och rättvisa digitala marknader.²⁸ Förordningen ska gälla för internets så kallade grindvakter, definierade i artikel 3, som de största internetplattformarna, bland annat karakteriserade genom att de har minst 45 miljoner månatligt aktiva användare. I dagsläget skulle Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft och kanske några fler, omfattas.²⁹ EU-kommissionen uttalar att DMA syftar till att göra 'access to data ... compulsory, where appropriate under fair, transparent, reasonable, proportionate and/or non-discriminatory conditions'.³⁰ I förslaget till DMA, artikel 6h och 6i, finns krav om att internetplattformarna ska ge företagsanvändare tillgång till data. Liknande regler finns sedan tidigare för personuppgifter i artikel 20 GDPR, men artikel 6 DMA gäller både personuppgifter och annan data.

Artikel 6 DMA:

h) tillhandahålla effektiv portabilitet för data som genereras genom en företagsanvändares eller slutanvändares verksamhet och ska i synnerhet tillhandahålla verktyg för slutanvändare för att underlätta utövandet av dataportabilitet, i enlighet med förordning (EU) 2016/679, bland annat genom tillhandahållande av kontinuerlig åtkomst i realtid,

i) kostnadsfritt ge företagsanvändare, eller tredje parter som auktoriserats av en företagsanvändare, effektiv, högkvalitativ, kontinuerlig tillgång i realtid och användning av aggregerade eller icke-aggregerade data, som tillhandahålls eller genereras i samband med användningen av de relevanta centrala

²⁶ Direktiv 2010/40/EU ett ramverk för införande av intelligenta transportsystem på vägtransportområdet och för gränssnitt mot andra transportslag.

²⁷ Förordning (EG) nr 1907/2006 (Reach).

²⁸ Förslag från den 15.12.2020, COM(2020) 842 final, till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn (rättsakten om digitala marknader).

²⁹ L. Cabral, et al, The EU Digital Market – A Report from a Panel of Economic Experts s. 9, The European Commission science and knowledge service, 2021, tillgänglig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783436.

³⁰ Communication from the Commission of 19 February 2020 to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of Regions – A European strategy for data, COM(2020) 66 final, s. 13.

plattformstjänsterna av dessa företagsanvändare och de slutanvändare som tar i anspråk i de produkter eller tjänster som dessa företagsanvändare tillhandahåller ...

Artikel 6(h) garanterar effektiv dataportabilitet i realtid för företagsanvändare, förutsatt att slutanvändarna ger samtycke. Artikel 6(i) ska ge företagsanvändare fri och högkvalitativ tillgång till data i realtid som genereras av företagsanvändarens verksamhet på plattformen. Utöver att datadelningsskyldigheten i DMA utsträcks till alla slags data, och inte bara personuppgifter, omfattar således DMA möjligheter att begära hos internetplattformarna att få en kontinuerlig dataöverföring i realtid. En framtvingad datadelning av sådant slag syftar till att minska de fördelar som plattformarna får genom data som genererats genom aktivitet på plattformen, vilket innebär att andra än plattformen kan utveckla nya tjänster baserat på plattformsdata. Viktigt att notera är att den tvingande datadelningen från de största internetplattformarna bara gäller företagsanvändarens egen data som finns på plattformen; det finns ingen rätt att få tillgång till andra företags data som finns hos plattformen. Internetplattformen kommer således ensam att kunna kombinera data från olika deltagande företags verksamhet. Alternativet, att varje företag skulle kunna få tillgång till alla på plattformen deltagande företags data, vore emellertid mycket långtgående och kanske riskera hela plattformens affärsverksamhet.³¹

Som komplement till sektorspecifika regler om tvingande delning, har EU-kommissionen försökt att på olika sätt undanröja praktiska hinder mot frivillig avtalsbaserad spridning av data. I förordningen om det fria flödet av andra data än personuppgifter, finns ett förbud mot att EU-medlemsstater uppställer krav på (nationell) datalokalisering (EU-länder måste godta datalagring i andra medlemsstater) och en skyldighet för marknadsaktörer att införa uppförandekoder som underlättar dataportering vid uppsägning av avtal.³² Senast 29 november 2022 ska

³¹ L. Cabral, et al, The EU Digital Market – A Report from a Panel of Economic Experts s. 22, The European Commission science and knowledge service, 2021, tillgänglig på https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3783436.

³² "För att dra nytta av den konkurrensutsatta miljön fullt ut bör professionella användare kunna göra välinformerade val och på ett enkelt sätt jämföra enskilda delar av olika erbjudanden om databehandlingstjänster på den inre marknaden, bland annat när det gäller avtalsvillkoren för dataportering vid uppsägning av avtal. Den detaljerade informationen och de operativa kraven för dataportering bör, i syfte att anpassa dem till marknaden

Kommissionen utvärdera om nämnda uppförandekoder har etablerats och genomförts effektivt, samt huruvida tjänsteleverantörerna verkligen tillhandahåller information som underlättar dataportering.

4 Artikel 102 Funktionsfördraget och tvingande datadelning

Ett företags vägran att dela data kan i det enskilda fallet utgöra missbruk av en dominerande ställning, enligt artikel 102 Funktionsfördraget. Vägran att dela data har bedömts som ett missbruk av en dominerande ställning i det så kallade Magill-målet³³, som gällde tre tv-bolags vägran att dela information om framtida tv-tablåer med en fristående utgivare av en tv-guide. Informationen behövdes för att Magill skulle kunna introducera en tv-guide som veckovis innehöll samtliga tre irländska tv-bolags program, vilket var en förbättring jämfört med tv-bolagens egna guider som bara innehöll respektive kanals program. EU-domstolen fann att det var ett missbruk av en dominerande ställning att neka en rätt att använda programtablåerna, när Magill skulle lansera en ny produkt som det existerade en efterfråga för.

En parallell situation skulle vara att ett företag vill lansera en ny AI-baserad tjänst och behöver få tillgång till andra företags unika realtids-data. I ett sådant fall skulle utvecklaren av den AI-baserade tjänsten för-

innovationspotential och med beaktande av den erfarenhet och sakkunskap som finns hos tjänsteleverantörer och professionella användare av databehandlingstjänster, fastställas av marknadsaktörerna genom självreglering i form av uppförandekoder på unionsnivå som skulle kunna inbegripa standardavtalsvillkor, vilket bör uppmuntras, underlättas och övervakas av kommissionen.” Preamblel 30 i Förordning (EU) 2018/1807.

”För att uppnå ändamålsenlighet och underlätta byte av tjänsteleverantör och dataportering bör uppförandekoderna vara heltäckande och inbegripa åtminstone de huvudaspekter som är viktiga under dataporteringsprocessen, såsom de processer som används för, och platsen för, backup av data, tillgängliga dataformat och support, erforderlig it-konfiguration och minsta nätverksbandbredd, den tid som krävs innan porteringsprocessen inleds och den tid under vilken data kommer att förbli tillgängliga för portering samt garantier för tillgång till data om tjänsteleverantören går i konkurs. Uppförandekoderna bör även klargöra att inläsning till en leverantör inte är en godtagbar affärspraxis samt föreskriva tillitsfrämjande teknik, och de bör uppdateras regelbundet för att hålla jämna steg med den tekniska utvecklingen.” Preamblel 31 i Förordning (EU) 2018/1807.

³³ Förenade målen C-241/91 och C-242/91, RTE och ITP mot Kommission, [1995] ECR I-743 = ECLI:EU:C:1995:98.

modligen, i likhet med Magill, behöva visa att informationen inte kunde erhållas på annat sätt.³⁴ Det behöver förmodligen också göras troligt att tjänsten är efterfrågad och inte skulle kunna tillhandahållas utan tredje mans hemlighållna data, dvs. att det är omöjligt för tjänsteutvecklaren att själv samla in data eller att erhålla den från annat håll. Man kan i det sammanhanget fråga sig om det har någon betydelse att det brukar vara svårbedömt om data tekniskt sett kommer att möjliggöra en ny tjänst. I Magill-målet var det tydligt att en tv-guide kunde produceras om bara programinformationen erhöles; osäkerheten är flerfaldigt större vid industriell data och det blir i motsvarande mån mer tveksamt att framtvinga data-delning för vad som kanske är utomståendes ganska spekulativa försök att utveckla tjänsteinnovationer.

Vidare finns Microsoft-målet,³⁵ som gällde en skyldighet för företaget att dela den information som konkurrenter behövde för att kunna tillverka serveroperativsystem kompatibla med Microsofts Windows. Kravet i Magill-målet på att en ny produkt skulle tas fram av konkurrenten för att leveransvägran skulle vara missbruk, vidareutvecklades i målet.³⁶ Tribunalen/Förstainstansrätten fann att regeln om att leveransvägran ska vara ett hinder mot en ny produkt – nyproduktkriteriet – knappast gäller när företaget har en mycket stark ställning, en super-dominans. Vid särskilt stark marknadsakt kan man ta hänsyn till att det i ett längre perspektiv är sannolikt att nya produkter från tredje män hindras om inte nödvändig interoperabilitetsdata delas. Det finns emellertid ännu ingen ytterligare europeisk rättspraxis som bekräftar att det inte ska krävas en avsikt att ta fram en ny produkt.³⁷ Frågan är kanske inte avgörande vid utveckling av AI-tjänster. Det är förmodligen så att den som försöker

³⁴ J. Drexel, Connected devices – An unfair competition law approach to data access rights of users, DOI:10.5771/9783748924999-477, publicerad i boken Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, s. 477 (506), och tillgänglig på https://www.researchgate.net/publication/350522751_Connected_devices_-_An_unfair_competition_law_approach_to_data_access_rights_of_users.

³⁵ T-201/04 Microsoft [2007] ECR II-3601 = ECLI:EU:T:2007:289, stycke 334.

³⁶ Se närmare i B. Mäihäniemi, Competition Law and Big Data – Imposing Access to Information in Digital Markets s. 184 (2020).

³⁷ J. Drexel, Connected devices – An unfair competition law approach to data access rights of users, DOI:10.5771/9783748924999-477, publicerad i boken Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, s. 510, och tillgänglig på https://www.researchgate.net/publication/350522751_Connected_devices_-_An_unfair_competition_law_approach_to_data_access_rights_of_users.

framtinga datadelning för att ta fram en AI-tjänst avser att lansera något som inte redan finns på marknaden; nyproduktkriteriet är uppfyllt.

Sammanfattningsvis finns vissa, men mycket begränsade möjligheter, att kräva datadelning med stöd av artikel 102 FEUF, för den som avser att träna en AI-baserad algoritm med hjälp av annans data/företagshemligheter. Det ska vara omöjligt att få tillgång till data på annat sätt. Vidare måste innovatören göra sannolikt att det kommer att tas fram en efterfrågad och ny tjänst. Missbruk av dominerande ställning genom en vägran att dela data kan förekomma inom alla branscher, men kriterierna är så högt ställda att förmodligen mycket få potentiella innovatörer inom AI-tjänster kan räkna med det. Det är en utdragen och osäker process som behöver inledas i en situation där snabbhet är avgörande. Möjligheten finns bara vid klara möjligheter till väsentlig teknisk utveckling som av någon anledning hindras av en dominant aktör.³⁸

5 Slutsatser

Allt pekar mot en framtid där industriell data växer i betydelse, eftersom den har potential att optimera oräkneliga processer i stora delar av samhället. EU har slagit in på vägen att inte skapa en ny immaterialrätt för sådana data, utan att använda reglerna för företagshemligheter. Fokus har skiftat mot att fram för allt underlätta, men att i exceptionella fall framtinga, datadelning. Det senare sker genom fall av sektorspecifik lagstiftning kompletterat av artikeln 102 Funktionsfördraget (dominerande företag hindrar att en ny väsentlig produkt eller tjänst kan introduceras).

Det är rimligt att en möjlighet till tvingande datadelning undantagsvis står till förfogande, men sådana drastiska ingripanden måste användas med stor försiktighet.³⁹ Vid en frivillig licensiering av industriell data vet man att värdet av licenstagarens nyttjande överstiger värdet som en exklusiv rätt till samma data hade haft för licensgivaren. Vid licensiering har genomförts en jämförelse mellan parternas framtida användningsmöjligheter. Efter en framtingad datadelning finns ingen sådan säkerhet om att värdet ökar. Samtidigt är det klart att transaktionskostnaderna

³⁸ D. Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens s. 432 (2005).

³⁹ J. Drexler, Connected devices – An unfair competition law approach to data access rights of users, DOI:10.5771/9783748924999-477, publicerad i boken Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, s. 480, och tillgänglig på https://www.researchgate.net/publication/350522751_Connected_devices_-_An_unfair_competition_law_approach_to_data_access_rights_of_users.

vid industriell data är betydande och man kan således inte utesluta att framtvingad datadelning leder till nya tjänster som ger en samhällelig värdeökning, jämfört med företags helt exklusiva position i fråga om egeninsamlad data. I särskilda fall kan det således vara motiverat att lagstiftaren eller domstolen finner att licenstagarens nyttjande är mer värt än innehavarens exklusiva tillgång.

Ett särskilt skäl till återhållsamhet med tvingande datadelning är områdets tekniska komplexitet, snabbt växande datatillgång och affärsmodeller som är i konstant utveckling.⁴⁰ Det är en påtaglig risk att eventuell lagstiftad eller domstolsbeslutad tvingande datadelning blir olämplig eller åtminstone snabbt föråldrad (om den var riktig vid bedömningsögonblicket). Ytterligare skäl till återhållsamhet med tvingande delning, är att information från ett annat företags sensorer i sig sällan är tillräckligt; det krävs kontextuell information om hur data har insamlats, under vilken tidsperiod, m.m. En tillförlitlig och fungerande AI-tjänst måste ha kvalitativ och användbar data. Normalt förutsätter detta frivillighet mellan parterna. En innehavare som inte frivilligt delar data kommer att vara en tveksam dataleverantör och regler om datakvalitet är svåra att hantera vid tvingande datadelning. Man har försökt att lösa detta i artikel 6(i) DMA genom att stipulera ”effektiv, högkvalitativ, kontinuerlig tillgång i realtid” beträffande data som ett företags verksamhet på plattformen genererar. Men det är osäkert i vilken grad som kvalificeringen ”högkvalitativ” data verkligen ger mottagaren den kontext och kvalitet som behövs. Det sagda indikerar en svårighet med DMA-förslagets tvingande datadelning för stora internetplattformar.

Sammanfattningsvis är det mycket som krävs innan tvingande datadelning framstår som ett alternativ. Ett tydligt och bestående marknadsmisslyckande ska vara för handen, alltså att värdehöjande avtal kring data under en längre tid har visat sig vara omöjliga. Med det sagt, anser jag att den europeiska utvecklingen kring industriell data hitintills förefaller att vara på rätt spår. Man förlitar sig på skyddet för företagshemligheter och möjligheterna till frivilliga avtal, men undantagsvis ges efterföljande datainnovatörer en hjälpande hand. Det kan vara betaltjänstutvecklare, innovatörer som vill använda elnätsdata eller kanske skapare av nya hemsidor som på ett innovativt sätt sorterar veckans kommande medie-

⁴⁰ J. Drexler, *Designing Competitive Markets for Industrial Data* s. 9, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, tillgängligt på <https://ssrn.com/abstract=2862975>.

innehåll. En första innovatör brister ibland när det gäller förmågan att inse och viljan att ta till vara, tekniska vidareutvecklingar.⁴¹ Tredje man som ser möjligheter kan i ett sådant läge ha svårt att kliva fram och få till stånd de avtal om data som behövs. I en alltmer digital ekonomi med potentiellt många, men svårförutsebara och immaterialrättsligt oskyddade nya AI-baserade tjänster, kan problemet med tillgång till data som inte är personuppgifter, bli ett märkbart utvecklingshinder, särskilt i tidiga faser av nyttiggörandet, då potentialen hos industriell data utforskas.

⁴¹ Empiriska exempel finns i R. P. Merges, R. R. Nelson, On the Complex Economics of Patent Scope, 90 Columbia Law Review s. 839.