

Regeringskansliet
(Justitiedepartementet)
103 33 Stockholm

Remiss: Europaparlamentets och rådets förordning om en ram för det fria flödet av icke-personuppgifter i Europeiska unionen KOM(2017)495

Juridiska fakultetsnämnden har anmodats att yttra sig över rubricerat förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om en ram för det fria flödet av icke-personuppgifter i Europeiska unionen KOM(2017)495 av den 13 september 2017

Fakultetsnämnden har granskat förslaget huvudsakligen utifrån ett fri rörlighets- och konkurrensrättsligt perspektiv och har utöver det nedan angivna inte några övriga synpunkter att lämna.

Fri rörlighet för data (information)

I Artikel 4 i förslaget anges att rätten till fri rörlighet till data enbart kan begränsas av medlemsstaterna om det föreligger fara för allmän säkerhet. Vidare anges i preambeln att "[i] syfte att tillämpa principen om fritt flöde av icke-personuppgifter över gränserna, för att säkerställa ett snabbt undanröjande av existerande krav på datalokalisering och för att av operativa skäl möjliggöra datalagring eller annan databehandling på flera platser i hela EU, och eftersom det i denna förordning föreskrivs åtgärder för att säkerställa tillgången till data för kontrolländamål, bör medlemsstaterna inte kunna åberopa andra grunder än hänsyn till allmän säkerhet."

Frågan är om inte medlemsstater kan och bör kunna åberopa andra grunder för att begränsa den fria rörlighet av data, i likhet med de undantag som finns för den fria rörligheten för tjänster, varor, kapital etc. Vad gäller t.ex. fri rörlighet för varor anges i Artikel 36 FEUF att den kan begränsas av ett flertal anledningar. Den fria rörligheten för tjänster har i allmänhet tre grunder, men möjligen fler, för undantag. Eftersom en förordning inte kan begränsa fördraget bör det framhållas att det således finns fler grunder för undantag till den fria rörligheten för data än vad som anges i Artikel 4 i förslaget, och det bör hållas i beaktning.

Vidare bör beaktas vad som anges i Artikel 346 i FEUF: "Bestämmelserna i fördragen ska inte hindra tillämpningen av följande regler:

Juridiska fakultetsnämnden

- a) Ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.
- b) Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den inre marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.”

I vart fall punkt a) i Artikel 346 FEUF kan komma att vara tillämplig även i relation till den nu föreslagna förordningen.¹

För det fall att en fri rörlighet i enlighet med förslaget genomförs bör det noteras att medlemsstaterna enligt förslaget enbart får 12 månader på sig att säkerställa att alla dataallokeringskrav som inte är förenliga med den fria rörligheten för data har utmönstrats i lagstiftningen. Det kan givetvis vara mycket svårt att finna alla dessa begränsningar inom denna korta tid.

Portabilitet (Portering av data)

Inledningsvis noteras att kommissionens ”staff working paper impact assessment” (arbetsdokument) av den 13 september 2017 ingående utvecklar de problem som uppstår när företag som tillhandahåller molntjänster, eller andra digitala tjänster, snedvrider konkurrensen och förhindrar fri rörlighet för data genom att förhindra eller försvåra för företag att byta tjänsteleverantör för molntjänster eller liknande tjänster. Kommissionen anger och hänvisar även till viss forskning som finns på detta område. Det är därför något förvånande att kommissionen i förslaget (artikel 6) enbart föreslår en reglering som innebär en uppmaning till självreglering av rätt till portering av data. Den analys av olika lagstiftningsalternativ som återfinns under rubrik 7 i arbetsdokumentet ter sig även något märklig och, generellt, ytlig.

Tilläggas kan att i en förordning, som annars enbart stipulerar regler och förbud för medlemsstaterna att skapa eller vidmakthålla hinder för fri rörlighet av data, även ta med uppmaningar till privata aktörer att självreglera för att inte minimera eller förhindra konkurrens och fri rörlighet av data är asymmetriskt och det förhindrar samstämmighet mellan kraven under den fri rörlighet och de krav som återfinns under konkurrensrätten.²

¹ Den diskussion som finns i Kommissionens ”staff working paper impact assessment” om att säkerhetsaspekten ofta lyfts av medlemsstaterna såsom ett skäl att förhindra att data förs mellan medlemsstater ska givetvis tas i beaktning, dock är det troligen inte möjligt att begränsa undantagen för fri rörlighet av data, i vart fall inte mer än vad andra fria rörligheter kan begränsas.

² För en diskussion om samstämmighet mellan fri rörlighet och konkurrensrätt, se Neergaard U. (2013) The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law. i: Neergaard U., Szyszczak E., van de Gronden J., Krajewski M. (red.) Social Services of General Interest in the EU. Legal Issues of Services of General Interest. T.M.C. Asser Press, The Hague, The Netherlands. Från ett EU-rätligt perspektiv, är det något tveksamt att på så olika sätt reglera den fria rörligheten av data i relation mellan medlemsstaterna och i relation till företag. Artikel 7 FEUF anger ett krav på samstämmighet som gäller även horisontellt mellan de olika legala systemen inom fördraget. En förordning som stipulerar hårda regler för medlemsstaterna men enbart en uppmaning till självregler för företag vad gäller hinder för fri rörlighet skapar möjligen asymmetri och klingar illa i ljuset av Artikel 7 FEUF. Gränserna för Artikel 7 FEUF är dock inte helt klara.

Att inte föreslå en rätt till portering av data i förslaget kan även öppna för att medlemsstater inför någon form av rätt, t.o.m. immaterialrätt eller äganderätt, till icke-personuppgiftsdata. Kommissionen anger att det finns stöd i Frankrike och i Estland för att införa en rätt till portering av data. Kommissionens anger inte den diskussion som finns i Tyskland om att skapa en immaterialrätt eller äganderätt för företag till icke-personuppgiftsdata.³ Den diskussionen inkluderar även negativa rättigheter och en rätt till portering av data. Vidare anges inte den diskussion som finns i andra jurisdiktioner, t.ex. i Ryssland och i BRICs länderna, om att införa porteringsrätt och t.o.m. äganderätt till icke-personuppgiftsdata för de företag som samlar in datan.

Det bör även framhållas att, såsom kommissionens arbetsdokument anger, kan en rätt till portering av data strida mot databasdirektivet och det nya direktivet om företagshemligheter.⁴ I vart fall måste denna fråga utredas och analyseras noga innan en rätt till portering införs.

Fakultetsnämnden vill framhålla att kommissionens arbetsdokumentet inkluderat vissa av de källor som hänvisas till inte är helt tillfredsställande och fakultetsnämnden föreslår att en bredare genomsyn av frågan om rätt till portering (portabilitet) genomförs mer ändamålsenligt. Denna fråga bör således brytas ut ur förslaget och mer ingående analyseras innan förslag ges på området.

Vid en sådan bred genomsyn måste internet av saker (Internet of Things) och den nya struktur som håller på att ta form för insamling, lagring och återanvändning av data tas i beaktning. Den nya strukturen kan inte ingående beskrivas här, men det är troligt att samtliga företag som producerar ”saker”, t.ex. bilar, kök, kläder, skor etc, snart kommer genom sakernas uppkoppling mot IT-nät att samla in information (data) om dessa sakers användare (ofta persondata). Vidare kommer dessa saker att samla in mycket annan information (icke-persondata). Företag kan själva skapa moln för denna information med tillhörande programvara för att söka och nyttja informationen genom t.ex. prediktiv modellering. Det är dock mindre troligt att företaget är beredda att investera de medel som behövs för att skapa adekvata databaser med tillhörande programvara. Mer troligt är att de är nödgade att köpa in denna tjänst. För att lagra och nyttja datan finns det dock idag enbart ett fåtal företag som kan tillhandahålla den tjänsten. Det inkluderar både lagringskapacitet och de algoritmer som behövs för att på ett adekvat sätt söka och få ut rätt konklusioner och slutsatser ur den data som har uppsamlats (t.ex. för att genomföra olika former av modellering). Såsom anges i kommissionens arbetsdokument finns det en

³ Med anledning av detta se H. Zech, Information as a tradable commodity, in: De Franceschi (Ed.), European Contract Law and the Digital Single Market, 2016, pp. 51-79; W. Kerber, A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis, GRUR Int 2016, p. 989; och Drexler, Josef and Hilte, Reto and Desautettes, Luc and Greiner, Franziska and Kim, Daria and Richter, Heiko and Surblyte, Gintare and Wiedemann, Klaus, Data Ownership and Access to Data - Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate (August 16, 2016). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 16-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2833165>

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser *OJ L 077, 27/03/1996 s. 20–28* och Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2016/943 av den 8 juni 2016 om skydd mot att icke röjd know-how och företagsinformation (företagshemligheter) olagligen anskaffas, utnyttjas och röjs *OJ L 157, 15.6.2016, s. 1–18*

stor misstanke om att dessa företag vill ”låsa fast/in” och ”stänga in” de företag som vill ansluta sig till dessa tjänster. Dessa företag nyttjar redan idag avtal och avtalsklausuler i relation till de företag som producerar saker och insamlar data som är mycket ofördelaktiga för sakproducenterna. För att få tillgång till molntjänster måste i realiteten dessa företag ge upp den exklusiva rätten till datan, men ofta även, generellt avsäga sig sina immaterialrättigheter (non-assert klausuler) gentemot samtliga företag i det digitala ekosystem som molnet tillhör gällande även det ommaterialrättsliga landskap som ”sakerna” tillhör.⁵ Dessa avtal och dessa ekosystem är uppbyggda av tekniska standarder, dvs. baserade till stora delar på självreglering. Det kan således inte sägas att den självreglering som hittills förevarit löst de problem med restriktivitet med möjligheter att överföra data mellan molntjänstleverantörer eller med interoperabilitet mellan molntjänstleverantörer eller mellan digitala ekosystem som kommissionen hänvisar till. Att då föreslår och uppmuntra än mer självreglering ter sig rent felaktigt.

Om strukturen för Internet of Things kvarstår, med enbart få spelare som tillhandahåller molntjänster och digitala ekosystem, är det mycket olyckligt om de sakproducerande företagen inte innehar någon form av äganderätt eller porteringsrätt till den icke personliga, och möjligen personliga, datan som de insamlat eftersom den datan då kommer tillfalla de företag som tillhandahåller molntjänsterna. Det skulle i förlängningen kunna skapa maktstrukturer i samhället där företagen som tillhandahåller molntjänster, e-platforms, dvs. digitala ekosystem, innehar betydande marknadsmakt, för att inte tala om offentlig makt.

Avslutande synpunkter

Fakultetsnämnden tillstyrker förslaget, med de kommentarer som anges ovan. Fakultetsnämnden vill dock framhålla att en bredare genomsyn av vissa frågor som förslaget väcker bör genomföras. Det är inte säkert att förslaget i alla delar överensstämmer med EU-rätten, vilket kan innebära att förslaget i dessa delar inte bör genomföras. Utöver dessa påpekanden bör slutligen framföras att givetvis ska en rätt till portering av data betänkas noga innan den implementeras. Men det kan finnas goda skäl för att instifta en sådan rätt, och att inte grundligt analysera denna frågeställning nu kan innebära att det blir för sent. Att föreslå självreglering är egentligen inte tillfredställande, och det kan ses som att EU inte adresserar de problem som troligen föreligger.

⁵ Se till viss del Kommissionens ”staff working paper impact assessment”, men även Björn Lundqvist *Standardization for the Digital Economy: The Issue of Interoperability and Access Under Competition Law*, kommer snart publiceras i The Antitrust Bulletin.