Kommerskollegium
National Board of Trade Sweden

Enheten för EU:s inre marknad

YTTRANDE
2022-05-30 Dnr 2022/00865-2

Infrastrukturdepartementet
103 33 Stockholm

Remiss av Europeiska kommissionens förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om harmoniserade regler för skälig åtkomst till och användning av data (dataakten)

(Ert dnr: I2022/01039)

Sammanfattning

Kommerskollegium ser positivt på och stödjer förslagets övergripande mål att stärka den inre marknaden genom enhetlig reglering för datadelning, och att tillgång och användning av data således ska underlättas.

Kollegiet hade dock gärna sett en betydligt mer utförlig analys av förslagets konsekvenser för såväl europeiska företag som tredjelands-företag, där vi ser ett flertal problem som förslaget riskerar att föra med sig.

Kommerskollegiums uppdrag

Kommerskollegium ansvarar för frågor som rör utrikeshandel, EU:s inre marknad och handelspolitik. Kommerskollegiums uppdrag är att verka för frihandel. Det innebär att vi verkar för fri rörlighet på den inre marknaden och för liberaliseringar av handeln mellan EU och omvärlden samt globalt.

Vår övergripande bedömning av förslaget

Kommerskollegium ser på ett övergripande plan positivt på förslagets ambition att underlätta datadelning och förebygga fragmentisering av regleringar genom att harmonisera regleringen för datadelning inom EU.

Box 6803, 113 86 Stockholm
Besöksadress: Drottninggatan 89
Telefon: 08-690 48 00, fax: 08-30 67 59
E-post: kommerskollegium@kommerskollegium.se www.kommerskollegium.se

Insamling, bearbetning och överföringar av data (inom och utanför EU) är nödvändigt för många företags affärsverksamhet, men även för internationell handel i stort. Att företag har en god tillgång till data kan bidra till både innovation och miljömässigt hållbar tillväxt som gynnar både näringslivet i stort och den offentliga sektorn. Marknaden för datadelning befinner sig dock i ett tidigt stadium av utveckling och att EU, därför, bör ha en försiktig approach vid bedömningen av behovet och omfattningen av en eventuell reglering. Det är viktigt att eventuella regleringar för att underlätta datadelning inte utgör en betungande administrativ börda eller negativt påverkar företags konkurrenskraft.

Kollegiet inser svårigheterna att utforma bestämmelser som kan åstadkomma en väl avvägd balans mellan å ena sidan legitima krav på bl.a. rättssäkerhet och tillsyn och å andra sidan behovet av att inte hindra företagens tillväxt genom att ålägga dem en alltför stor administrativ börda eller skapa andra problem som bristande skydd för företagshemligheter som inte minst är känsliga från konkurrenssynpunkt.

Förslagets konsekvenser för företag och dess konkurrenskraft bör diskuteras ytterligare för att säkerställa att förslaget inte hämmar handel och ekonomisk tillväxt. Det är även viktigt att förslaget inte innebär brott mot internationella åtaganden i Världshandelsorganisationen.

Våra kommentarer om dataakten avseende den inre marknaden

Delning av data mellan företag är centralt för den digitala ekonomins funktion. Datadelning mellan företag fungerar ännu inte helt optimalt, delvis eftersom företag i stor utsträckning är restriktiva med att dela sin data. Det saknas ofta både teknisk kompetens, ekonomiska incitament och tydliga regler för hur data kan delas men det kan även finnas tekniska problem för datadelning som är kopplade till interoperabilitet och spårbarhet.

Kommerskollegium har tidigare konstaterat att delningen av data mellan företag är påtagligt begränsad och bl.a. därför så är potentialen i den digitala ekonomin inte fullt utnyttjad.[1] Vi noterade dock att marknaden för datadelning fortfarande befinner sig i ett tidigt stadium av utveckling och att EU, därför, bör ha en försiktig approach i sin bedömning av behovet och omfattningen av en eventuell reglering.

Vi menade då att andra åtgärder än lagstiftning i detta skede troligen skulle vara mer lämpliga för att undanröja en del av hindren för

[1] Kommerskollegium "Facilitating data sharing in the EU – A study on B2B access to data" (September 2019).

datadelning, bland annat att (i) lagstadgade begränsningar på datadelning utifrån skyddet av persondata, immaterialrätt eller konkurrensrätt skulle förtydligas, och att (ii) EU skulle underlätta självreglering på områden som datadelningskontrakt eller tekniska utmaningar (interoperabilitet). Vidare ansåg vi att antagandet av bindande åtgärder gällande dataportabilitet eller en tvingande regim för datatillgång bör vara motiverade utifrån ett starkt offentligt intresse (som t.ex. innovation eller rättvisa konkurrensvillkor) och föregås av en genomgripande konsekvensanalys. Risken är annars att sådan reglering hämmar innovation.

Det är för kollegiets del oklart huruvida kommissionens förslag på dataakten, och framför allt kraven i kapitel 2, uppfyller dessa krav på motivering och proportionalitet. Vi noterar bl.a. att kommissionens resonemang för att motivera de inskränkningar i näringsfriheten som datadelningens krav medför[2] är kortfattad och bör utvecklas.

Vi noterar vidare att undantag från datadelning för att skydda affärshemligheter kan vara svårtolkad och därmed svårtillämpad. Kollegiet efterfrågar därför närmare analys kring möjligheten för företag att neka datadelning med hänsyn till detta skyddssyfte, eller på annat sätt, skydda sig från konkurrenternas otillbörliga användning av deras data.[3]

Vi noterar också vissa oklarheter som bör tydliggöras. Det gäller bland annat omfattningen av kravet i artikel 3.1 vad gäller ”data generated by their use”. Som kollegiet förstår det kan det täcka såväl data som specifikt avser användaren (t.ex. information om användaren) som data som avser produkten eller tjänsten i fråga (t.ex. data om produktens prestation eller om tjänstens egenskaper). Kollegiet efterfrågar ett tydliggörande om sistnämnda data omfattas av delningskravet och i så fall varför.

Våra kommentarer om dataakten ur ett tredjelands-perspektiv

Kommerskollegium har till uppgift att verka för en väl fungerande handel globalt. Från det perspektivet innehåller förslaget en rad potentiellt problematiska aspekter, inte minst vad gäller dataöverföringar till tredje land (art 27) och krav på företag att dela sin data med andra företag (art 5).

Genom förslaget ges både företag i och utanför EU rätt att få del av den data som samlas in av andra EU-företag (artikel 5). I praktiken är det dock svårare för företag från tredje land att få del av datan eftersom

[2] KOM(2022) 68, s. 13.
[3] Se bl.a. artiklarna 4.3, 4.4, 5.8 och 6.2.e.

företag som för ut data utanför EU måste vidta vissa åtgärder för att kunna garantera att den inte hamnar i orätta myndigheters händer (se nedan om artikel 27). Givet att det är en konkurrensfördel att få tillgång till datan så skapas därmed en konkurrensnackdel för företag från tredje land som vill processa europeisk data där, men även för europeiska företag som vill processa sin data utanför EU. Dessutom har inte så kallade grindvaktsföretag rätt att få del av andra företags data, även om användaren så önskar (artikel 5). Eftersom de flesta grindvaktsföretag är amerikanska innebär det här i praktiken att amerikanska företag missgynnas.

Enligt artikel 27 ska företag vidta rimliga tekniska, legala och organisatoriska åtgärder (som exempelvis kryptering) för att säkerställa att tredje land inte får orättfärdig tillgång till EU-data. Det innebär ett generellt förbud, främst för leverantörer av molntjänster, att överföra viss icke-personlig data utanför EU så länge företaget inte lyckas vidta ”rimliga åtgärder” för att säkerställa att datan inte hamnar i orätta händer. Kravet i artikel 27 är dock svårtolkat och det är oklart huruvida det i praktiken innebär ett hårt datalokaliseringskrav för icke-personlig data. Det är till exempel tillräckligt att företagen vidtar ”rimliga åtgärder” för att dataöverföringar ska tillåtas och det ställs därmed inga krav på att en viss skyddsnivå faktiskt ska garanteras. Det kan jämföras med kraven i GDPR där företagen måste uppnå en viss skyddsnivå för att få göra dataöverföringar. Dessa bestämmelser omfattar icke-personlig data som databehandlingsföretag innehar i EU och kraven träffar särskilt molntjänsteföretag (som i dagsläget främst är icke-europeiska). Det saknas i nuläget guider, eller planer på guider, kring standardiserade mekanismer för hur företag ska agera för att uppfylla kraven på att vidta alla ”rimliga åtgärder”, vilket finns i GDPR. Detta innebär att det blir svårt för företag att veta vad som gäller i olika enskilda fall och förslaget riskerar att skapa en osäkerhet, och därmed kostnader, för företag.

Allmänna tjänstehandelsavtalet (GATS) och bilaterala handelsavtal nämns i den inledande förklaringen till förslaget, och kommissionen gör bedömningen att förslaget är förenligt med dessa avtal. Det saknas dock en analys kring hur kommissionen resonerat kring detta. Detta är problematiskt eftersom förslaget i praktiken kan sägas diskriminera amerikanska grindvaktsföretag (artikel 5). Dessutom gör bestämmelserna det svårare att föra över icke-personlig data utanför EU (artikel 27), vilket kan tolkas som ett de facto datalokaliseringskrav och som därmed också kan vara i strid med icke-diskriminerings- och marknadstillträdesåtaganden i GATS. Båda kraven skulle dock kunna rättfärdigas genom ett eller flera av de generella undantag som finns i GATS. Det är inte tydligt vilket undantag i GATS som kommissionen

anser att regleringen faller under, eller hur man har resonerat. Frågan är också hur artikel 5 förhåller sig till åtaganden om IP-rättigheter såsom företagshemligheter i exempelvis avtalet om handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter (Trips). Det är viktigt att förslaget inte bryter mot den här typen av internationella åtaganden.

I praktiken kan det i många fall vara svårt att skilja på personlig och icke-personlig data, men förslaget utökar tydligt omfattningen av vilken data som regleras. Överföringar av icke-personlig data till tredje land är idag i princip oreglerad (även om icke-personlig data i dataset som även omfattar personlig data, omfattas av GDPR) och EU:s initiativ om att nu införa GDPR-inspirerade begränsningar av icke-personlig data riskerar att legitimera liknande typer av begränsningar av dataöverföringar i andra länder.

Det finns även en risk att förslaget medför negativa ekonomiska konsekvenser. Dataöverföringar av icke-personlig data är i många fall en förutsättning för företags affärsverksamhet och påverkar deras möjlighet till innovation, produktion och handel samtidigt som både digitala och traditionella företag ofta lyfter upp begränsningar av dataflöden som viktiga handelshinder. Förslaget kan även få effekter för europeiska företag som har egen dataanalysverksamhet i olika tredje-länder eller vill köpa in en databearbetningstjänst från tredje land, men också för tredjelands-aktörer som kan få svårare att få del av europeisk data och att sälja sina tjänster till europeiska företag.

Dessutom kan förslaget om att företag ska dela sina användares data leda till att den fördelaktiga marknadsposition som tillverkare av s.k. Internet-of-Things (IoT-produkter) har haft, i och med att de äger den data som deras produkter genererar, försvagas. Det gör att det finns en risk att incitamenten för att utveckla IoT-produkter i EU minskar.

Förslaget innebär även att företag ska lämna över insamlad data till myndigheter vid exceptionella omständigheter. Definitionen av begreppet exceptionella omständigheter är dock vag, vilket skapar osäkerheter för företag. Dessutom är det oklart om det kan bli kostsamt för företag att ha beredskap att på ett säkert sätt lämna ut data till såväl myndigheter som andra företag.

Slutligen, för att enkelt kunna föra över data mellan olika aktörer, så ska företag använda sig av öppna standarder, men kommissionen ges genom förslaget möjlighet att anta ”common specifications” i de fall harmoniserande standarder inte finns. Kommerskollegium har i andra sammanhang framfört att det finns en risk att den här typen av specifikationer inte stämmer överens med internationella standarder och

att det dessutom är otydligt hur kommissionen i praktiken ska ta fram dem.

Ärendet har avgjorts av vikarierande enhetschefen Olivier Linden i närvaro av utredarna Sophia Tannergård och Ralph Eliasson, föredragande.

Olivier Linden

Ralph Eliasson