

Skyddet för data

En analys av digitala tjänsters skydd för sin data genom sui generis-rätten i ljuset av Digital Markets Act

Konstantinos Adamidis

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 hp.

Ämnesinriktning: Rättsinformatik

Vårterminen 2023

Grupphandledare: Mauro Zamboni

Engelsk titel: The protection of data: An analysis of digital services' protection of their data through the sui generis-right in light of the Digital Markets Act

Abstract

The sui generis-right in article 7.1 of the database directive provides the maker of a database, who has made a qualitatively and/or quantitative substantial investment in the obtaining, verification and/or presentation of the contents in a database, the right to prevent extraction and/or re-utilization of the whole or of a substantial part of the database contents. In order to prevent the circumvention of article 7.1, the right to prohibit tortious dispositions of the contents was supplemented by article 7.5, which extends the right for the maker to prevent non-substantial parts to be extracted and/or re-utilized, provided that the extraction and/or re-utilization are repeated and systematic in a way that undermines the substantial investment the maker of the database has made.

The way that the sui generis-right is framed as an investment protection, in combination with the fact that the right's object of protection is the investment as such, is the reason that the right has come to be regarded as a protection clause against unfair competition rather than an intellectual property right. As a result, the sui generis-right is of great significance to unfair competition and competition and antitrust law in general. This applies not only to article 102 FEUF, but especially to the DMA and in relation to the prescribed data-sharing obligation in article 6.10 in the DMA.

Competition and antitrust law in general and the DMA in particular, through its rootedness in article 3 FEU, aim to maintain competitive, open and fair digital markets. This applies, to say the least, as a part of ensuring the efficiency in the EU internal market, which by enlarge is intended to benefit the consumers. In this way, it's understood that the consumers perspective plays a fundamental role in competition policy. In relation to the DMA, this is expressed through articles 6.2 and 6.10 of the DMA, which have the function of promoting innovation and increasing the consumers' diversity of choice, while simultaneously giving the business users better opportunities to compete with the gatekeepers and thus become more efficient.

By imposing on a gatekeeper a far-reaching data-sharing obligation under article 6.10 in the DMA, in combination with the prohibition to use the same data under article 6.2, the gatekeepers' sui generis-right is limited in all material aspects. Thereby, these provisions impose greatly on the gatekeepers' ability as a maker of a database to freely dispose of their own database contents and thus obtain future returns and other competitive advantages as a result of the substantial investment. This is due to the fact that the gatekeeper is subject to an obligation to share the results of the investment with the business users.

The database directive states, however, that the sui generis-right must not be afforded in such a way as to facilitate abuses of a dominant position. By this reference it's understood that this exception was written with article 102 FEUF in mind. In light of the significant differences between article 102 FEUF and the DMA, it can be concluded that the exception does not apply to the DMA. This is particularly the case as the DMA is framed as an ex ante-regulation, whereas article 102 FEUF is an ex post-regulation.

As this paper has highlighted, it requires great forethought when imposing a compulsory data-sharing obligation such as the one in article 6.10 in the DMA. The intended function of the sui generis-right is to promote investments in data processing and storage functions. In order to even receive or make use of the effective and high-quality data the business users have a right to receive from the gatekeepers, they have to have effective and proper databases, because otherwise it's entirely pointless to even force the gatekeepers to share their data.

Thus, a proportional balance is required between the interest in protecting the data as such by maintaining ex ante incentives to invest and the interest to promote open and fair digital markets as a way to ensure the effectiveness of the internal market for the benefit of the consumers and ex post social welfare. This could be a possible explanation to the Commission's proposal of the Data Act, specifically article 35, which stipulates that the sui generis-right shall not be applied to machine generated data. It remains, however, to see how the question of the sui generis-right's to be or not to be will play out in the future.

Förkortningar

Databasdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser
Data Act	Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för skäligen åtkomst till och användning av data
DMA	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september 2022 om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828
ERT	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
GDPR	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
JAE	Journal of Antitrust Enforcement
JT	Juridisk Tidsskrift
Kommissionen	Europeiska kommissionen
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
Prop.	Regeringens proposition
SvJT	Svensk Juristtidning

Innehåll

Abstract	3
Förkortningar.....	5
1 Introduktion	9
1.1 Skyddet för data i ljuset av Digital Markets Act	9
1.2 Syfte och frågeställningar	11
1.3 En EU-rättsligt inriktad rättsdogmatisk metod	12
1.4 Avgränsningar	16
1.5 Disposition	17
2 Sui generis-skyddet för databaser.....	19
2.1 Kravet på väsentlig investering.....	19
2.1.1 Kvalitativa och kvantitativa investeringar	20
2.1.2 Väsentlig investering som ett absolut och relativt begrepp.....	21
2.1.3 Databasproducentens initiativ och risk	22
2.2 Investeringsföremål som förutsättning.....	23
2.2.1 Anskaffning.....	23
2.2.2 Granskning.....	26
2.2.3 Presentation	27
2.3 Skyddsomfång.....	28
2.3.1 Rätten att förbjuda otillbörliga utdrag och återanvändningar.....	28
2.3.2 Kvalitativt eller kvantitativt väsentliga delar av databasen	31
2.3.3 Skydd för databasens innehåll i sig.....	33
2.4 Sui generis-rätten som konkurrensrättsligt skydd.....	36
3 Digital Markets Act.....	39
3.1 Vägen till DMA som en ex ante-reglering	39
3.2 Konkurrensrättens grunder.....	41
3.2.1 Ekonomisk effektivitet.....	41
3.2.2 Det konsumenträttsliga perspektivet	42
3.2.3 Datadriven innovation och urval.....	43
3.3 Särskilt om datadelningsskyldigheten i artikel 6.10	44
3.4 Något kort om artikel 6.2 DMA	47
4 Skyddet för data i ljuset av Digital Markets Act	49
4.1 Rätten att förbjuda utdrag och återanvändningar.....	49
4.2 Undergrävandet av den väsentliga investeringen.....	51
4.3 Underlättandet av missbruk av dominerande ställning.....	53
4.4 DMA som verktyg att främja datadriven innovation.....	55
5 Avslutande kommentar	59

Källförteckning..... 61

1 Introduktion

1.1 Skyddet för data i ljuset av Digital Markets Act

Digitala tjänster såsom näthandelsplatser, sociala medier och sökmotorer har medfört betydande fördelar för såväl världens medborgare som samhället i stort. Dessa har även bidragit till den inre marknaden genom att möjliggöra nya affärsmöjligheter och underlätta gränsöverskridande handel. Detta har möjliggjorts genom en ökning av konsumentens valmöjligheter, förbättring av industrins effektivitet och konkurrenskraft. Europeiska kommissionen (Kommissionen) anger att mer än 10 000 onlineplattformar är verksamma i Europas digitala ekonomi, varav den största andelen består av små och medelstora företag.¹

Trots detta, är det de stora onlineplattformarna, som utgör en försumbar del av det totala antalet, som står för den största delen av det totala värdet som genereras. Skälet till detta anförs vara att det är de stora onlineplattformarna som framför allt har gynnats av den digitala sektorns särdrag och dessa plattformar utgör en central del i dagens digitala ekonomi genom att förmedla merparten av transaktionerna mellan företagsanvändare och slutanvändare.²

En del av de stora onlineplattformarna fungerar således inte sällan som nätportar eller s.k. *grindvakter*³ mellan företagsanvändare och slutanvändare och åtnjuter därigenom en fast förankrad och varaktig ställning på den inre marknaden, vilket ytterligare förstärker redan befintliga hinder för små och medelstora företags inträde på marknaden.⁴

Som en konsekvens av grindvakternas inverkan på och kontroll över tillträdet till de digitala marknaderna, anges att detta i vissa fall kan leda till ett otillbörligt beteende gentemot företagsanvändarna, vilket kan få negativa effekter för deras möjligheter att konkurrera med grindvakterna. Den ineffektiviteten inom den digitala sektorn som beteendet kan medföra kan handla om högre priser, lägre kvalitet, färre valmöjligheter för företags- och slutanvändarna och minskad innovation. Bristande konkurrensmöjligheter och otillbörliga beteenden förekommer i större utsträckning för vissa digitala tjänster än andra och särskilt för de som utgör ett direkt mellanliggande led mellan företagsanvändare och slutanvändare, vilket är fallet när en grindvakt tillhandahåller den digitala tjänsten.⁵

¹ Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn (rättsakten om digitala marknader), av den 15 december 2020, COM(2020) 842 final (2020/0374 (COD)) [cit. Förslag till DMA], s. 1.

² Se vidare om begreppen företagsanvändare och slutanvändare i avsnitt 3.1.

³ Se vidare om begreppet grindvakt i avsnitt 3.1.

⁴ Förslag till DMA, s. 1.

⁵ A.a., s. 1–2.

Mot denna bakgrund, kom Kommissionen den 15 december 2020 med ett förslag till en rättsakt om digitala marknader, som trädde i kraft den 1 november 2022 och började tillämpas den 2 maj 2023.⁶ Denna förordning är i grunden konkurrensrättslig och anger vad en grindvakt får och inte får göra för att inte hindra företagsanvändarnas tillträde till marknaden och därmed främja konkurrensen.⁷ Syftet med DMA anges således vara att möjliggöra för plattformar att frigöra sin fulla potential för att såväl företags- som slutanvändare på så sätt ska kunna dra full nytta av den digitala ekonomin i sin helhet i en konkurrensutsatt och rättvis digital marknadsmiljö. Sammantaget tar DMA sikte på att reglera de ekonomiska obalanserna, grindvakternas otillbörliga beteenden och dess negativa konsekvenser, som har uppstått till följd av deras inflytande på och kontroll över de digitala marknaderna, särskilt inom den Europeiska unionen (EU).⁸

DMA utgör emellertid enbart en del av EU:s digitala strategi, som ett led i att säkerställa en rättvis och konkurrenskraftig digital ekonomi, och kompletterar de befintliga konkurrensrättsliga regelverken.⁹ En annan del av denna digitala strategi handlar om att fastställa en skälig åtkomst till och användning av data. Därför kom Kommissionen även med ett förslag till Data Act,¹⁰ som syftar till att säkerställa en rättvis fördelning av datauppgifternas värde bland aktörerna i dataekonomin och den digitala ekonomin i sin helhet.¹¹

Det får anses stå helt klart att data utgör en central del av den digitala ekonomin. Mängden data som genereras av bl.a. människor har minst sagt ökat markant under senare år. Den större delen av all data förblir dock outnyttjad och värdet av datan tillkommer tämligen få men större företag, vilket har ansetts hämma den datadrivna innovationen.¹² Det är tänkbart att detta synsätt ligger till grund för datadelningsskyldigheten som grindvakterna åläggs genom artikel 6.10 DMA.

Detta förstärks ytterligare av att en fördelningen av datauppgifternas värde, i takt med ökningen av icke-personlig industriell data,¹³ big data¹⁴ och produkter

⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2022/1925 av den 14 september 2022 om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn och om ändring av direktiv (EU) 2019/1937 och (EU) 2020/1828 [cit. DMA].

⁷ Se framför allt artiklarna 5 och 6 DMA.

⁸ Förslag till DMA, s. 3.

⁹ Se t.ex. kommissionens pressmeddelande ”Att forma EU:s digitala framtid” av den 19 februari 2020, <https://ec.europa.eu/> (hämtad 2023-05-05), Europaparlamentets resolution av den 25 mars 2021 om en EU-strategi för data 2020/2217(INI) (2021/C 494/04), samt Förslag till DMA, s. 3 f.

¹⁰ Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för skälig åtkomst till och användning av data [cit. Förslag till Data Act], som dock ännu inte antagits. Data Act kommer dock inte att beröras inom ramen för denna uppsats, se vidare avsnitt 1.4 om detta.

¹¹ Förslag till Data Act, s. 2.

¹² A.a., s. 1.

¹³ Med *icke-personlig industriell data* förstås annan data än personuppgifter, även kallat industriell data eller icke-personuppgifter. Konkreta exempel kan t.ex. vara såväl aggregerade som icke-aggregerade och anonymiserade datamängder som används för stora dataanalyser eller data om underhållsbehov för industriella maskiner. Se Domeij i NIR 2021 s. 430 med hänvisningar.

¹⁴ Begreppet *big data* avser lagringen av och åtkomsten till stora datamängder i såväl strukturerad som ostrukturerad form och är en förutsättning för att exempelvis lära och utveckla algoritmer och AI-system. Se Westman (2021), s. 641 f. och Westman i NIR 2019 s. 132 f.

med uppkoppling till Internet of Things (IoT),¹⁵ förväntas stimulera en hållbar dataekonomi, vilket inte minst gäller stimuleringen av rättvisa och konkurrensutsatta digitala marknader.¹⁶ På så sätt hänger Data Act ihop med DMA, där båda utgör en väsentlig del i att reglera den datadrivna innovationen inom ramen för de digitala marknaderna. Fokus för denna framställning kommer emellertid att vara datadelningsskyldigheten som föreskrivs i artikel 6.10 DMA.¹⁷

Vid sidan om DMA har de digitala tjänsterna i sin egenskap av databasproducenter ett indirekt skydd för sin data i enlighet med artikel 7 databasdirektivet.¹⁸ Genom databasdirektivet infördes en särskild rätt av sitt eget slag, den s.k. *sui generis-rätten*, för att skydda databaserna under förutsättning att databasproducenten har gjort väsentliga investeringar i att anskaffa, granska och/eller presentera innehållet i databasen. Sui generis-rätten tar således sikte på att skydda själva investeringen och den konkurrensfördel som medföljer upprättandet av databasen. Det är därför föga förvånande att sui generis-rätten har kommit att betraktas som ett konkurrensrättsligt skydd snarare än en närstående (immateriell) ensamrätt.¹⁹

I anledning av det värde som kan skapas av företagen, särskilt för exempelvis grindvakter som besitter stora datamängder, finns ett inneboende intresse att inte enbart skydda sin data som sådan, utan även den investering som har gjorts i anskaffning, granskning och presentation av databasens innehåll. Avsaknaden av ekonomiska incitament och rädslan att förlora en konkurrensfördel förstås således utgöra grunden för företagens intresse att skydda sin data.²⁰

I anslutning till det nu sagda framstår det därför som särskilt angeläget att utreda sui generis-rätten och skyddet för databasinnehållet i ljuset av DMA och vad detta kan få för konsekvenser i detta avseende för ett företag i allmänhet och grindvakter i synnerhet.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att granska och analysera hur datadelningsskyldigheten i artikel 6.10 DMA förhåller sig till sui generis-rätten i artikel 7 i databasdirektivet. Vidare, ämnar framställningen att belysa vilken betydelse artikel 6.2 DMA får i relation till dels artikel 6.10 DMA, dels artikel 7 databasdirektivet. Slutligen syftar uppsatsen till att utvärdera och problematisera artikel 6.2 och 6.10 DMA med utgångspunkt i de ändamål som databasdirektivet, konkurrensrätten i allmänhet och DMA i synnerhet ämnar att uppnå.

¹⁵ Begreppet *IoT* tar sikte på att allt fler produkter såsom telefoner, klockor, fordon och sensorer idag är uppkopplade mot internet och därigenom genererar stora datamängder. Dessa uppkopplade produkter kan utgöra verktyg för att exempelvis skapa ”smarta hem”, men också effektivisera samhället i stort. Se Westman (2021), s. 642 f. och Westman i NIR 2019 s. 133.

¹⁶ Förslag till Data Act, s. 1.

¹⁷ Se avsnitt 1.2 och 1.4.

¹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser [cit. Databasdirektivet]. Se särskilt avsnitt 2.4.3.

¹⁹ Förslag till Data Act, s. 10 med hänvisningar och särskilt fotnot 46.

²⁰ En EU-strategi för data av den 19 februari 2020 (COM(2020), 66 final), s. 7. Se även Lundqvist (2022), s. 2 f. med hänvisningar.

Forskningsfrågan är således huruvida grindvaktens skyldighet att dela viss data i artikel 6.10 och förbudet att använda denna data i konkurrerande syfte i artikel 6.2 DMA utgör ett hot mot sui generis-skyddet enligt artikel 7 databasdirektivet. Mot bakgrund av detta aktualiseras följande frågeställningar:

- 1) Vad innebär sui generis-rätten och hur förhåller den sig till databasens innehåll i sig?
- 2) Vad innebär förbudet och skyldigheten avseende användningen och delningen av data i artiklarna 6.2 och 6.10 DMA?
- 3) Hur förhåller sig artiklarna 6.2 och 6.10 DMA till sui generis-skyddet i artikel 7 databasdirektivet?

1.3 En EU-rättsligt inriktad rättsdogmatisk metod

I syfte att kunna besvara forskningsfrågan och därmed uppnå uppsatsens syfte kommer en EU-rättsligt inriktad rättsdogmatisk metod att anläggas. Skälet till detta är framför allt att denna framställning uteslutande kommer att behandla unionsrättslig lagstiftning i form av förordningar och direktiv. Den rättsdogmatiska metoden tar sikte på att fastställa gällande rätt genom att analysera och tolka innehållet i de rättskällor som åtnjuter auktoritet för att därigenom kartlägga innehållet i gällande rätt.²¹ Enligt *Hjertstedt* är detta kärnan i den rättsdogmatiska metoden och benämns som en *kartläggande* rättsdogmatik.²² Utgångspunkten för denna är de allmänt vedertagna rättskällorna med vilka förstås lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och juridisk doktrin.²³ Satt i en EU-rättslig kontext är utgångspunkten emellertid en annan.

EU-rättens normhierarki indelas i primär- och sekundärrätt samt icke-bindande rättskällor.²⁴ Den primärrätt som denna framställning kommer att använda sig av består av Fördraget om Europeiska unionen (FEU) och Fördraget om Europeiska funktionssätt (FEUF).²⁵ Skälet till detta är att DMA är en konkurrensrättslig rättsakt och är ämnad att komplettera den traditionella konkurrensrätten, som består av främst artiklarna 101 och 102 FEUF. Fokus för denna framställning kommer att vara artikel 102 FEUF, som rör missbruk av dominerande ställning och har en naturlig koppling till såväl sui generis-rätten i artikel 7 databasdirektivet och DMA. Därutöver kommer artikel 3 FEU att nämnas, eftersom konkurrensrätten i allmänhet och DMA i synnerhet är förankrad i denna på så sätt att ändamålen med dessa regelverk är att upprätthålla den inre marknaden.

Till sekundärrätten hör rättsakter i form av förordningar och direktiv och beslut.²⁶ Den sekundärrätt i form av rättsakter som denna uppsats kommer att ha som utgångspunkt är dels förordningen DMA, dels databasdirektivet. Mot bakgrund av uppsatsens syfte och frågeställningar kommer artiklar 6.2 och 6.10 i

²¹ Hjertstedt (2019), s. 167 f. och Kleineman (2018), s. 21.

²² Hjertstedt (2019), s. 167 f.

²³ Kleineman (2018), s. 21.

²⁴ Hettne (2011), s. 40 f.

²⁵ Hettne (2011), s. 41 och Bernitz (2022), s. 48 f.

²⁶ Hettne (2011), s. 42 och 45 f. och Bernitz (2022), s. 55 f. och 59.

DMA och artikel 7 i databasdirektivet särskilt att behandlas. Därtill kommer beslut att nämnas i samband med redogörelsen för DMA och artikel 102 FEUF.

Slutligen kommer EU-domstolens tolkningsbesked att användas enbart i förhållande till sui generis-skyddet i artikel 7 databasdirektivet och missbruk av dominerande ställning i artikel 102 FEUF, eftersom DMA är en nyantagen förordning och därmed saknar i dagsläget såväl beslut som tolkningsbesked. EU-domstolens avgöranden kommer i stor utsträckning att användas i syfte att kartlägga och fastställa rättsläget beträffande artikel 7 i databasdirektivet, men även för att kunna föra en nyanserad diskussion om sui generis-skyddets omfattning. Tolkningsbesked kommer även att nämnas i förhållande till artikel 102 FEUF i syfte att jämföra den traditionella konkurrensrätten och DMA, inte minst som ett led i att utreda och analysera artikel 6.2 och 6.10 DMA.

Den rättsdogmatiska metoden utgår oftast från en konkret frågeställning, inte sällan formulerad som en rättsfråga.²⁷ Av detta följer att metoden till sin natur är praktisk på så sätt att iakttagelser eller rättspolitiska analyser inte har något självändamål.²⁸ Ett problem som kan uppstå med en sådan snäv begrepps innebörd av rättsdogmatik är att det enbart är de rättsliga normerna i sig som är av intresse snarare än deras tillämpning.²⁹ I doktrinen har det emellertid anförts att den rättsdogmatiska metoden, utöver den kartläggande rättsdogmatiken, även inrymmer en s.k. *kritisk* rättsdogmatik.

Den kritiska rättsdogmatiken tar sikte på att kritiskt analysera gällande rätt genom en analys av vilka fördelar och framför allt nackdelar som det nuvarande rättsläget medför.³⁰ *Jareborg* förklarar att ”rättsdogmatikens verklighet är själva rättssystemet som normativt system, inte det som systemet resulterar i”.³¹ På så sätt antyds att den rättsdogmatiska metoden i sig inte är en vetenskaplig metod, utan snarare innebär en analys av gällande rätt med ett vetenskapligt syfte.³² Det är sannolikt mot denna bakgrund den analytiska, eller kritiska, delen av rättsdogmatiken av vissa istället har benämnts som en rättsanalytisk metod.³³ Enligt *Kleineman* saknar denna kritik dock betydelse för den rättsdogmatiska metodens utövande till följd av metodens praktiska betydelse.³⁴

Som hittills konstaterat har den rättsdogmatiska metoden såväl kartläggande som kritiska inslag och syften. Detta gäller även den EU-rättsliga metoden. EU-rätten som metoden tar som utgångspunkt saknar, till skillnad från en nationellt präglad rättsdogmatisk metod, dels förarbeten i traditionell mening, dels ett officiellt språk. Att EU-rättslig lagstiftning dessutom förekommer i olika former såsom direktiv och förordningar komplicerar metoden ytterligare. På samma sätt som en nationell rättsordning betraktas som autonom har EU-rätten också ansetts utgöra en ny, autonom rättsordning inom folkkrätten.

²⁷ Kleineman (2018), s. 23.

²⁸ Jfr Kleineman (2018), s. 44.

²⁹ Se t.ex. Hjertstedt (2019), s. 167 och Kleineman (2018), s. 24.

³⁰ Hjertstedt (2019), s. 167 och Kleineman (2018), s. 24 f. och 35 f.

³¹ Jareborg i SvJT 2004 s. 9.

³² Jareborg i SvJT 2004 s. 8 och Kleineman (2018), s. 25.

³³ Se t.ex. Agell i SvJT 2002 s. 243 ff. och Kleineman (2018), s. 25.

³⁴ Kleineman (2018), s. 25.

Detta får en särskild betydelse för hur den EU-rättsliga metoden, som till stora delar liknar den rättsdogmatiska metoden, ska förstås.³⁵ Ett av skälen till EU:s tillkomst var att stärka medlemsstaternas (ekonomiska) konkurrenskraft på världsmarknaden genom inrättandet av den inre marknaden, som består av de enskilda medlemsstaternas egna marknader. Detta ekonomiska konkurrenskraftsintresse har än idag en avgörande betydelse för EU-rättens utveckling och tjänar som en möjlig förklaring till varför EU-domstolen antagit en särskilt aktiv roll inom bl.a. detta område.³⁶

Den EU-rättsliga metoden kan sägas vila på vissa grundläggande allmänna principer. Bland dessa återfinns principen om lojalt samarbete,³⁷ principen om tilldelade befogenheter,³⁸ och särskilt intresset av att EU-rätten ska uppnå sin åsyftade verkan. Detta intresse, eller doktrinen om *effet utile*, tar sikte på att åtgärder som vidtas av EU ska ges en sådan tolkning av såväl EU- som nationella organ att åtgärdens ändamålsenliga verkan kan uppnås. Av detta följer att doktrinen om *effet utile* får en särskild betydelse för hur EU:s rättsakter såsom direktiv och förordningar ska tolkas och tillämpas.

EU-domstolen har därvidlag ofta understrukt betydelsen av att EU-rätten ges ett effektivt och enhetligt genomslag i medlemsstaterna.³⁹ Doktrinen om *effet utile* kan således anses utgöra grunden för EU-domstolens teleologiska (ändamålsenliga) tolkningsmetod som en markering på att rättsaktens åsyftade verkan ska vara styrande vid EU-rättslig lagtolkning. Med det sagt, använder EU-domstolen sig dock av flera olika metoder vid tolkningen av EU-rättsakter, däribland en *textuell* tolkning (ordalydelsen), *kontextuell* tolkning utifrån bestämmelsens sammanhang och *teleologisk* tolkning med utgångspunkt i de mål som eftersträvas.⁴⁰

Maduro har anfört att EU-domstolens tolkningsmetod inte enbart är teleologisk i snäv mening, utan även metateleologisk, dvs. att det inte enbart är rättsregelns ändamål som ska tolkas utan även ändamålet med den rättsliga kontexten i vilken rättsregeln befinner sig i.⁴¹ I CILFIT-avgörandet anförde EU-domstolen att varje EU-rättslig bestämmelse ska sättas in i sin kontext och tolkas mot bakgrund av EU-rätten som helhet med hänsyn tagen till dess syften och utveckling vid den tidpunkten den aktuella rättsregeln ska tillämpas.⁴²

Att EU-rätten utgör en ny rättsordning och FEU föreskriver effektiva verktyg för att kontrollera och genomdriva EU-rätten, särskilt genom domstolarna på EU-nivå, har ansetts ha haft en central roll för utvecklingen av den EU-rättsliga metoden.⁴³ Därigenom har EU-domstolens avgöranden inte enbart fått betydelse i frågan om tolkningen av enskilda rättsregler och begrepp i förordningar och direktiv, utan även för den tolkningsmetod som har utvecklats.

³⁵ Se t.ex. mål 26/62 van Gend en Loos och Reichel (2018), s. 109.

³⁶ Reichel (2018), s. 111.

³⁷ Artikel 4.3 i FEU.

³⁸ Artikel 5.2 FEU.

³⁹ Reichel (2018), s. 114.

⁴⁰ A.a., s. 122.

⁴¹ Maduro, M.P., *Interpreting European Law: Judicial adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, Working Paper IE Law School WPLS08-22-05, s. 5.

⁴² Mål 283/81 CILFIT, p. 20.

⁴³ Reichel (2018), s. 121–122.

Den EU-rättsliga metoden har, som redan nämnt, andra rättskällor som utgångspunkt än vad den traditionella rättsdogmatiska metoden har. Ett första problem, vad gäller lagstiftning och rättspraxis, är att EU-rättsakter såsom förordningar och direktiv och avgöranden måste publiceras på samtliga officiella språk. I avsaknad av ett officiellt språk inom EU har ingen språkversion företräde framför ett annat. Det finns därmed en inneboende risk att en rättsregel eller ett begrepp ges olika innebörd beroende på vilken språkversion som tas som utgångspunkt.⁴⁴ EU-domstolen har uttryckt att den formulering som används i en språkversion av en rättsregel inte ensam kan läggas till grund för tolkningen eller ges företräde framför en annan formulering enligt en annan språkversion.

För det fall det förekommer avvikelser i betydelse mellan olika språkversioner av en bestämmelse ska den aktuella bestämmelsen tolkas med hänsyn till systematiken i och ändamålet med den kontext i vilken den ingår.⁴⁵ Den svenska språkversionen av databasdirektivet har exempelvis kritiserats av flera,⁴⁶ vilket även poängterades av regeringen i samband med direktivets genomförande i svensk nationell rätt.⁴⁷ Eftersom databasdirektivet utgör en central del av uppsatsen har flera språkversioner jämförts i syfte att lösa eventuella tolkningsproblem och minimera risken för feltolkningar av direktivets bestämmelser och begrepp.⁴⁸ Detta problem gör sig gällande oaktat vilken rättsakt det är fråga om, varför liknande jämförelser har gjorts mellan de olika språkversionerna av DMA.

Som ovan nämnt är de bindande EU-rättskällorna fördragen, förordningar, direktiv och beslut. Därutöver har även EU-domstolens rättspraxis bindande verkan. Det finns också icke bindande rättskällor såsom yttranden och rekommendationer, förarbeten och generaladvokaternas förslag till avgörande.

I anslutning till detta uppkommer frågan om hur preambelbestämmelser ska värderas. EU-domstolen har konstaterat att dessa i sig inte är bindande, utan har som funktion att utgöra tolkningsunderlag vid tolkningen av bestämmelser och begrepp.⁴⁹ Generellt sett saknar EU-rätten förarbeten i den mening som avses i den (nationella) rättsdogmatiska metoden. Sett till sin funktion ligger det emellertid närmast till hands att likna preamble till förarbeten såsom Kommissionens förslag, parlamentets ändringsförslag och rådets gemensamma ståndpunkt. I likhet med de svenska nationella domstolarna, är det inte ovanligt att EU-domstolen inom ramen för sin teologiska tolkning hänvisar till förordningens eller direktivets preambelbestämmelser.⁵⁰ EU-domstolen har i frågan om förarbetenas rättskällevärde angett att dessa kan tjäna som vägledning för hur en viss bestämmelse eller ett begrepp i en rättsakt ska förstås, men dock enbart i syfte att bekräfta en slutsats som nåtts på något annat sätt.⁵¹

⁴⁴ Reichel (2018), s. 129 och Axhamn (2016), s. 15–16.

⁴⁵ Se t.ex. mål C-281/12 p. 26 med hänvisningar.

⁴⁶ Karnell i NIR 1999 s. 51, not 1 och Koktvedgaard i Festskrift till Karnell, s. 343.

⁴⁷ Prop. 1996/97:111 s. 12.

⁴⁸ Jämförelser i direktivtextens ordalydelser har inte enbart gjorts i förhållande till andra språk, utan även den svenska språkversionen har jämförts med Karnells översättning i NIR 1999 s. 209 ff.

⁴⁹ Se t.ex. mål 215/88 p. 31.

⁵⁰ Axhamn (2016), s. 17.

⁵¹ Se t.ex. mål C-292/89 p. 18. Jfr Bernitz i JT 2000–01 s. 698 ff., Öberg i JT 2000–01 s. 492 ff. och Axhamn (2006) s. 33 f.

En sista fråga som uppkommer i detta sammanhang är vilket rättskällevärde generaladvokaternas förslag till avgörande kan anses ha. Enligt *Reichel* bidrar dessa yttranden visserligen till en enhetlig behandling av EU-rätten, men faller utanför den juridiska doktrinen i strikt mening.⁵² *Axhamn* är emellertid av den motsatta uppfattningen och menar att en generaladvokats yttrande i sitt förslag till avgörande kan jämföras med doktrin i den del som återopparas av EU-domstolen i sitt tolkningsbesked.⁵³ Detta motiveras med hänvisning till att generaladvokatens uppgift är att opartiskt och sakligt presentera motiverade yttranden, som består av fakta, en analys av gällande rätt och ett förslag till avgörande.⁵⁴ Trots att dessa yttranden formellt sett inte är bindande för varken EU-domstolen eller parterna, uppnår de en tillräckligt nivå av rättsvetenskaplighet att de (under vissa förutsättningar) skulle kunna betraktas som juridisk doktrin. Dessa kommer således att behandlas som juridisk doktrin inom ramen för denna framställning.

I syfte att föra en nyanserad diskussion kring databasdirektivets sui generis-skydd och DMA kommer även annan juridisk doktrin att användas, främst i form av rättsvetenskapliga artiklar. Beträffande DMA uppstår det en metodologisk svårighet i anledning av att det är en relativt nyantagen förordning. Det får till följd att det i princip saknas omfattande såväl bindande som icke bindande rättskällor i form av tolkningsunderlag såsom förslag till avgöranden, tolkningsbesked och beslut, men även doktrin. De enda rättskällorna att utgå ifrån är således förordningstexten, preambelbestämmelserna och viss doktrin i form av artiklar. Dessa innehåller moment av en fri argumentation med hänvisningar till bl.a. sociala och ekonomiska aspekter av DMA, men även på vilket sätt målen och den åsyftade verkan med DMA kan få genomslag. Dessa är hänsyn som är tillåtna inom den EU-rättsliga metoden och utgör en del av metodens kritiska inslag.

1.4 Avgränsningar

Fokus för denna framställning är sui generis-skyddet enligt artikel 7 i databasdirektivet och hur det förhåller sig till den relativt nyantagna DMA. Redan av att uppsatsen enbart kommer att behandla sui generis-rätten följer att upphovsrätt till databaser inte kommer att diskuteras.⁵⁵ Detta beror främst på att databaser sällan uppfyller kravet på originalitet och verkshöjd, men även på att syftet med uppsatsen är att belysa och analysera vilka rättsliga hinder som sui generis-skyddet innebär för DMA. Detta gäller fastän det upphovsrättsliga skyddet för databaser i vissa delar överlappar med sui generis-skyddet. Skyddet för datan i sig som kan åtnjutas enligt skyddet för företagshemligheter kommer inte heller att behandlas. Detta beror till stor del på att detta skydd föreskrivs i främst den svenska (nationella) rätten, vilket faller utanför ramen för uppsatsen och dess EU-rättsliga utgångspunkter.

⁵² *Reichel* (2018), s. 130.

⁵³ *Axhamn* (2016), s. 17.

⁵⁴ *Bernitz* (2022), s. 21 f.

⁵⁵ Se avsnitt 3.1.

Som redan framkommit ovan, kommer enbart sui generis-skyddet i artikel 7 i databasdirektivet och artiklar 6.2 och 6.10 DMA att behandlas. Av detta följer att enbart EU-rättsliga lagstiftningsakter kommer att behandlas och således faller all svensk nationell rätt utanför ramen för denna framställning. Det främsta skälet till denna avgränsning är att det dels inte inryms i uppsatsens syfte och frågeställningar, dels att det framstår som meningslöst att behandla det svenska införlivandet av databasdirektivets artikel 7, eftersom grindvakterna enligt DMA sannolikt inte kommer att omfattas av den svenska rättsordningen.

En ytterligare avgränsning, som följer av att sui generis-skyddet kommer analyseras i förhållande till DMA, är att konkurrensrätt i form av artikel 102 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) enbart kommer att behandlas översiktligt i syfte att ge en bakgrund till DMA och de begränsningarna i användningen av data som följer av förordningen. Som ovan diskuterat, är EU-rätten en autonom rättsordning och begrepp som förekommer i en rättsakt har en egen innebörd inom EU. På så sätt kan det vara motiverat att se till befintlig rättspraxis beträffande artikel 102 FEUF för att utreda innebörden av samma begrepp i DMA, men även databasdirektivet, i den utsträckningen begreppen förekommer i båda rättsakter.

Detta gäller exempelvis när det ska fastställas vad som ska förstås med *missbruk av dominerande ställning* och dess koppling till dels artikel 3 DMA om grindvaktbegreppet, dels skäl 47 databasdirektivet. Någon djupare analys av artikel 102 FEUF kommer emellertid inte att göras av det skälet att den traditionella konkurrensrätten är en *ex post*-reglering, medan DMA utgör en *ex ante*-reglering. Detta får särskild betydelse för artikel 7 databasdirektivets tillämpning och hur artikel 6.2 och 6.10 DMA ska förstås och tolkas.

En sista avgränsning gäller GDPR, som aktualiseras då data i många fall kan utgöras av personuppgifter i och med den vidsträckta definitionen av data i DMA av personuppgifter i GDPR. Ett skäl till denna avgränsning är att det av syftet och frågeställningarna framgår att denna framställning kommer att ta sin utgångspunkt i sui generis-rättens indirekta skydd för data. Uppsatsen ämnar inte att analysera skyddet för data ur ett rättighets- och/eller integritetsperspektiv och huruvida en sådana datadelningskyldighet kan vägras med hänvisning till den registrerades rättigheter.

1.5 Disposition

I avsnitt 1 har uppsatsens ämne introducerats och dess ramar presenterats. Detta anges särskilt som uppsatsens syfte och frågeställningar med tillhörande avgränsningar. Därefter presenteras den EU-rättsliga metoden, inte minst i förhållande till den rättsdogmatiska metoden. I metodavsnittet redogörs för vad metoden innebär, hur den kommer att tillämpas genom att en koppling har gjorts till det valda materialet och varför den EU-rättsliga metoden har valts. Slutligen diskuteras vilka metodologiska svårigheter och överväganden som har gjorts.

I avsnitt 2 kartläggs och utreds sui generis-rätten i artikel 7 databasdirektivet. Inledningsvis presenteras sui generis-skyddet och dess förutsättningar för att

sedan redogöra för kravet på väsentlig investering. Därefter analyseras de investeringsföremål som den väsentliga investeringen ska hänföra sig till, vilka är anskaffning, granskning och presentation av innehållet i den upprättade databasen. I avsnittets tredje del diskuteras sui generis-rättens skyddsomfång och förbudsrätten som tillkommer databasproducenten genom sui generis-skyddet. Slutligen behandlas skyddet för databasinnehållet i sig med tillämpningen av sui generis-rätten för att avslutningsvis diskutera hur sui generis-rätten är utformat som ett konkurrensrättsligt skydd och dess implikationer.

Avsnitt 3 berör DMA och inleds med en bakgrund till förordningen med utgångspunkt i vissa centrala begrepp och artikel 102 FEUF. Därefter diskuteras konkurrensrättens grunder och de ändamål som konkurrensrätten i allmänhet och DMA i synnerhet ämnar att uppnå. Slutligen utreds artikel 6.10 DMA och förutsättningarna för datadelningsskyldigheten för att sedan nämna hur artikel 6.10 förhåller sig till artikel 6.2 DMA. På så sätt förstås samspelet mellan dessa bestämmelser och hur dessa är tilltänkta att uppnå ändamålen med DMA.

I avsnitt 4 analyseras hur datadelningsskyldigheten i artikel 6.10 DMA förhåller sig till databasproducentens förbudsrätt enligt såväl artikel 7.1 som 7.5 i databasdirektivet. Därefter förs en diskussion om vilka konsekvenser 6.10 DMA får för sui generis-skyddets föremål, som är den väsentliga investeringen. I anslutning därtill görs även en koppling till artikel 6.2 DMA om begränsningarna i grindvaktens dataanvändning och vilka implikationer det får för den väsentliga investeringen och investeringsbegreppet som sådant. Avsnittets tredje del behandlar sui generis-rätten som ett konkurrensrättsligt skydd och tar sin utgångspunkt i skäl 47 databasdirektivets hänvisning till artikel 102 FEUF för att analysera om, och i sådant fall på vilket sätt, DMA påverkar detta. Avslutningsvis diskuteras DMA:s ändamålsenlighet i förhållande till dels konkurrensrättens övergripande målsättningar, dels sui generis-skyddets avsedda funktion.

I det avslutande avsnittet presenteras de slutsatser som har konstaterats i de tidigare avsnitten på ett sammanfattande sätt. Slutligen görs en framåtblick till sui generis-rätten och framtida utmaningar i anledning av konkurrensrättens ökade betydelse för de digitala marknader, inte minst genom ex ante-regleringar. Därefter kommenteras förslaget till Data Act och förordningens implikationer av sui generis-skyddets vara eller icke vara.

2 Sui generis-skyddet för databaser

2.1 Kravet på väsentlig investering

Databasdirektivet tillkom år 1996 med det främsta syftet att harmonisera det rättsliga skyddet för databaser inom EU som ett led i att motverka de negativa återverkningarna som denna fragmentering fick på den inre marknadens funktion.⁵⁶ En databas definieras i artikel 1 i databasdirektivet som:

[E]n samling av verk, data eller andra självständiga element som sammanställts på ett systematiskt och metodiskt sätt och som var för sig är tillgänglig genom elektroniska medier eller på något annat sätt.

Databasdirektivet föreskriver en rätt av sitt eget slag, den s.k. *sui generis-rätten*, i artikel 7. Sui generis-rätten definieras som följande:

”Medlemsstaterna skall tillerkänna en databasproducent som vid anskaffning, granskning eller presentation [av innehållet i databasen] visar sig innehålla en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering, rätten att förbjuda utdrag och/eller återanvändning av hela eller en kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig del av databasens innehåll.”

Sui generis-rätten förutsätter att den väsentliga investeringen är hänförlig till databasen. Av detta följer att skyddsförutsättningar i artikel 7.1 kompletterar de villkor som anges i direktivets artikel 1.2 och följer av databasdefinitionen. På så vis framstår rättighetens föremål enligt artikel 7.1 som mer inskränkt än databasdefinitionen i artikel 1.2. Den väsentliga investeringen kan till sin typ vara såväl kvalitativ som kvantitativ.

Därutöver fastställs enbart tre investeringsföremål som skyddsvärda under sui generis-skyddet: i) anskaffning, ii) granskning, och iii) presentation av innehållet i databasen.⁵⁷ Redan begreppet investering torde innebära att det ska vara fråga om insatser och resurser med syftet att erhålla framtida avkastning,⁵⁸ givet att dessa hänför sig till anskaffning, granskning eller presentation av databasens innehåll och är väsentliga.

⁵⁶ Se skäl 1 och 2 i databasdirektivet.

⁵⁷ Axhamn (2016), s. 221. Jfr även mål C-444/02 p. 38, mål C-46/02 p. 32, mål C-338/02 p. 22, mål C-203/02 p. 29 samt GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 40 och 42, mål C444/02 p. 46 och 48, mål C-338/02 p. 30 och 32, och mål C-203/02 p. 33 och 35.

⁵⁸ Axhamn (2016), s. 221.

2.1.1 Kvalitativa och kvantitativa investeringar

De typer av investeringar som sui generis-skyddet förutsätter kan vara av olika slag och artikel 7.1 anger bara att de ska vara *kvalitativt eller kvantitativt* väsentliga. Det antyds dock av skälen till databasdirektivet vilka typer av investeringar det kan röra sig om. Skäl 7 anger att ett upprättande av en databas ”kräver en betydande insats av mänskliga, tekniska och finansiella resurser”. Skäl 39 refererar till investeringar i form av ”pengar och sakkunskap” och skäl 40 hänvisar till investeringar bestående i ”pengar och/eller tid och energi”. Dessa uppräknings tjänar enbart som exempel på sådana typer av investeringar som kan komma på fråga, vilket antyds redan av att skälen oenhetligt anger olika slags investeringar. Detta har senare även bekräftats av EU-domstolen, som har konstaterat att en investering kan bestå i mänskliga, ekonomiska (finansiella) eller tekniska tillgångar eller resurser.⁵⁹

En *kvantitativ* (väsentlig) investering tar sikte på de investeringar, dvs. de tillgångar eller resurser, som kan kvantifieras.⁶⁰ Motsatsvis förstås att kravet inte avser kvantiteten av databasens innehåll som anskaffas, granskas eller presenteras *i sig* och inte heller själva investeringen som sådan. Detta omfattas av väsentlighetsbedömningen och följer av att investeringen, oaktat om den är kvalitativ eller kvantitativ, ska vara väsentlig. Denna tolkning vinner stöd av EU-domstolens tolkning av begreppet *kvalitativ* väsentlig investering, som syftar till de tillgångar eller resurser som inte kan kvantifieras.⁶¹

På så vis är begreppet kvalitativ negativt definierat och tjänar som en *slasktratt*, vars syfte är att fånga upp de situationer där det kan vara svårt eller praktiskt omöjligt att kvantifiera en investering. Därigenom utvidgas även sui generis-skyddet till att omfatta de investeringar som anses vara skyddsvärda, men som inte uppfyller kvantitetskravet.⁶²

I den juridiska doktrinen har exempelvis resurser i syfte att bygga upp humankapital eller kompetenser hos de anställda framhållits som kvalitativa investeringar.⁶³ En förutsättning för detta torde vara att uppbyggandet av humankapitalet och kompetenserna ifråga är nödvändiga vid anskaffningen, granskningen eller presentationen av databasens innehåll, dvs. upprättandet av databasen. Det är dock även tänkbart att investeringen kan avse driften av databasen.⁶⁴ Detta ska emellertid inte förstås som ett krav på att investeringen ska vara av en viss kvalitet för att skyddas av sui generis-rätten.⁶⁵

⁵⁹ Mål C-444/02 p. 44, mål C-46/02 p. 38, och mål C-338/02 p. 28 med hänvisning till skälen 7, 39 och 40 i direktivet.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Axhamn (2016), s. 222.

⁶² Exempel på vad som kan utgöra en kvalitativ investering är att det är fråga om en intellektuell insats eller energiinsats. Se mål C-444/02 p. 44, mål C-46/02 p. 38, och mål C-338/02 p. 28 med hänvisning till skälen 7, 39 och 40 i direktivet.

⁶³ Derclay (2008), s. 73 f. och Axhamn (2016), s. 222.

⁶⁴ Levin (2019), s. 112.

⁶⁵ A.a., s. 222 f. Detta kan även utläsas av databasdirektivets skäl 16, som uttryckligen anger att varken databasens kvalitet eller estetiska värde ska beaktas för att fastställa databasens skydd.

2.1.2 Väsentlig investering som ett absolut och relativt begrepp

Begreppet ”väsentlig investering” utgör en grundläggande förutsättning vid fastställandet av sui generis-skyddet. Detta begreppspar preciseras genom att investeringen ska vara kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett *väsentlig*. Vad som ska förstås med väsentlighetskravet är dock oklart, eftersom varken direktivets artiklar eller skäl ger något entydigt besked därom.⁶⁶

Det framgår emellertid redan av sättet artikel 7.1 i databasdirektivet är uppbyggt på att begreppet ”väsentlig investering” i sin helhet ska förstås relativt. Detta synsätt kan även utläsas av skäl 19, som anger att det ska vara fråga om en ”tillräckligt stor [väsentlig]”⁶⁷ investering för att kunna åtnjuta sui generis-skyddet. Vad investeringen ska vara tillräckligt stor i förhållande till omnämns däremot inte, men mycket talar för att väsentlighetskravet torde få sin innebörd utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.⁶⁸

Väsentlighetsbegreppet kan förstås som relativt å ena sidan med avseende på kostnaderna för investeringen och avkastningen på den, och å andra sidan i förhållande till databasens omfattning, art och innehåll samt till det område som den tillhör.⁶⁹ Väsentlighetskravet kan sålunda antingen relateras till den marknad som databasproducenten agerar på eller den enskilde databasproducentens (ekonomiska) förutsättningar och databasen som sådan.⁷⁰

Av detta följer att sui generis-rätten således inte enbart skyddar investeringar som har ett tillräckligt väsentligt absolut värde.⁷¹ Väsentlighetskravet, som en direkt följd av databasdirektivets karaktär, kan inte enbart förstås relativt. Skälet till detta är att det finns en *de minimis*-aspekt inbyggd i kravet med följden att begreppet också ska förstås som ett absolut begrepp.⁷²

Detta grundas på att det i skäl 19 i databasdirektivet anges att investeringen ska vara ”tillräckligt väsentlig”.⁷³ Den nivå som sui generis-skyddet förutsätter ligger emellertid på en låg nivå, inte minst mot bakgrund av skäl 55 och de ändamål som direktivet avser att uppnå.⁷⁴ Därutöver skulle en alltför hög ställd miniminivå riskera att försvaga databasdirektivets, och i förlängning sui generis-skyddets, avsedda funktion att främja investeringar i framför allt datalagrings- och databehandlingssystem.⁷⁵

Vad som utgör en skyddsvärd väsentlig investering torde fastställas genom att sätta investeringen i relation till den förväntade avkastningen på investeringen. Bedömningen av huruvida kravet på *väsentlig investering* är uppfyllt eller inte torde

⁶⁶ Axhamn (2016), s. 224.

⁶⁷ I den engelska språkversionen av databasdirektivet anges att investeringen ska vara ”substantial enough”, vilket närmast torde motsvaras av ”tillräckligt väsentlig” och inte ”tillräckligt stor”.

⁶⁸ Jfr Axhamn (2016), s. 223.

⁶⁹ GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 48, mål C-444/02 p. 54 och mål C-338/02 p. 38.

⁷⁰ Axhamn (2016), s. 223.

⁷¹ GA:s yttrande i mål C-338/02 p. 39 och Axhamn (2016), s. 225.

⁷² Axhamn (2016), s. 223 ff. och Axhamn (2006), s. 50 ff.

⁷³ Se GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 49, mål C-444/02 p. 55 och mål C-338/02 p. 39.

⁷⁴ GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 49, mål C-444/02 p. 55 och mål C-338/02 p. 39.

⁷⁵ Jfr skäl 10–12 i databasdirektivet. Se GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 49, mål C-444/02 p. 55 och mål C-338/02 p. 39.

ske *in casu*. En allmän utgångspunkt för denna bedömning bör vara att väsentlighetskravet inte fordrar att *varje* investering är skyddsvärd.⁷⁶ Skälet till detta är att väsentlighetsbegreppet enbart utgör en markör,⁷⁷ vilket stöds av att det i skäl 7 i databasdirektivet talas om att det ska vara fråga om en ”betydande insats”.⁷⁸

Med det sagt, fordras däremot att investeringen uppnår en viss de minimisnivå för att uppfylla väsentlighetskravet. Begreppets absoluta karaktär kan motiveras av att varje form av upprättande av en databas, särskilt de som inte krävt en väsentlig investering, inte är i behov av ett rättsligt skydd samtidigt som den konkurrensproblematik som följer av ett lågt ställt krav undviks.⁷⁹ Samtidigt kan ett sådant lågt ställt krav riskera att vara diskriminerande mot producenter av mindre databaser, eftersom dessa inte kräver en väsentlig investering.⁸⁰

I och med att sui generis-skyddets föremål är själva investeringen som sådan, ligger det i sakens natur att skyddet sträcker sig till de databasproducenter som har gjort en kvantitets- eller kvalitetsmässigt väsentlig investering. Indirekt tjänar sui generis-skyddet således som ett skydd för den konkurrensfördel som medföljer upprättandet av en databas och den förväntade avkastningen.

Om en väsentlig investering inte har varit nödvändig framstår ett potentiellt skydd som överflödigt, eftersom det i sådana fall inte är investeringen i databasen som ger en eventuell konkurrensfördel. Ett bakomliggande resonemang, som är nära sammankopplat med väsentlighetskravet, synes vara att en väsentlig investering ger uttryck för en viss (ekonomisk) risk som databasproducenten tagit vid upprättandet av databasen.

2.1.3 Databasproducentens initiativ och risk

Sui generis-skyddet tillfaller databasproducenten enligt artikel 7.1 i databasdirektivet. *Databasproducenten* definieras emellertid inte i databasdirektivet. Däremot anges i skäl 41 att den som ”tar initiativet och tar på sig risken att utföra investeringarna” är att betrakta som databasproducent. Kraven på initiativ och risk är kumulativa, vilket innebär att såväl initiativet som risken måste vara hänförliga till investeringen.⁸¹ Det har i doktrinen anförts att kravet på risk är det avgörande kriteriet för vem som ska anses vara databasproducent, medan kravet på initiativ bör tolkas i ljuset av riskkravet. Detta följer särskilt av investeringsbegreppet, eftersom en investering förutsätter ett element av risk, dvs. risken att en investering inte ger någon framtida avkastning.⁸²

⁷⁶ Axhamn (2016), s. 225. Se även Gaster (1999), s. 121 f., Beunen (2007), s. 139 f. och 145 f. och Derclaye i IIC 2005 s. 10. Jfr dock Leistner i IIC 2002 s. 449 ff.

⁷⁷ Axhamn (2016), s. 226.

⁷⁸ Jfr dock skäl 19 som visserligen anger exempel på vad som inte utgör en väsentlig investering, men som däremot inte ger någon vägledning om hur pass väsentlig investeringen behöver vara.

⁷⁹ Axhamn (2016), s. 226.

⁸⁰ Derclaye (2008), s. 83 f. och 86 f. Jfr von Lewinski & Walter (2010) avsnitt 9.7.13 och Harenko i NIR 2005 s. 637.

⁸¹ Axhamn (2016), s. 227 och Gaster (1999), s. 123. Se även Hugenholtz (2016), s. 403.

⁸² Axhamn (2016), s. 227.

Kravet på initiativ har uppfattats som ett krav på en ”konkret åtgärd utöver idén” att upprätta en databas.⁸³ Exempel på konkreta åtgärder kan vara att det har tillskjutits tillgångar eller resurser, organisatoriskt planerande och kostnader för verktyg för att upprätta databasen.⁸⁴ Gemensamt för dessa exempel synes vara att det ska vara fråga om initiala steg vid databasens upprättande och som sker på uppdrag av och instruktioner från någon annan än den som utför själva upprättandet rent tekniskt.⁸⁵ Detta synsätt får även stöd av att det typiskt sett sker en ex post-bedömning av vem som bör anses vara databasproducenten. Med andra ord, torde denna bedömning ske först när de aktuella konkreta åtgärderna har resulterat i en skyddsvärd väsentlig investering.⁸⁶

2.2 Investeringsföremål som förutsättning

2.2.1 Anskaffning

Investeringen, som ska vara kvalitativt eller kvantitativt väsentlig, ska avse investeringsföremålen anskaffning, granskning *eller* presentation av databasens innehåll. Dessa begrepp definieras emellertid inte i databasdirektivet, som inte heller ger någon vägledning för hur dessa ska tolkas. Istället har besked om detta kommit genom tolkningsbesked från EU-domstolen. Inledningsvis ska det framhållas att dessa investeringsföremål enligt EU-domstolen är uttömmande, dvs. investeringen är enbart skyddsvärd under sui generis-rätten om den faller inom något av dessa investeringsföremål.⁸⁷

EU-domstolen har anfört att begreppet anskaffning inrymmer de resurser eller tillgångar som har lagts ner på sökandet av de befintliga självständiga elementen och insamlandet av dessa element i databasen. Däremot omfattas inte de resurser som krävts för själva skapandet *i sig* av de dessa självständiga element.⁸⁸ Denna tolkning torde framför allt följa av ändamålet med artikel 7 i databasdirektivet, som är att främja utvecklingen av behandlings- och lagringssystem för befintlig data, och inte att främja skapandet som sådant av de befintliga självständiga elementen som därefter kan insamlas i databasen.⁸⁹

⁸³ Axhamn (2016), s. 228.

⁸⁴ Se vidare Seignette (1994), s. 83, som har identifierat följande tre risktyper: produktions- och associationsrisk samt organisatorisk eller entreprenöriell risk. Se även Bensinger (1999), s. 171 och Beunen (2007), s. 151 f. som också hänvisat till Seignette.

⁸⁵ von Lewinski & Walter (2010) avsnitt 9.7.16.

⁸⁶ Axhamn (2016), s. 228.

⁸⁷ Mål C-338/02 p. 22, mål C-46/02 p. 32, mål C-444/02 p. 30 och mål C203/02 p. 29 samt GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 57, mål C-444/02 p. 63, mål C-338/02 p. 47 och mål C-203/02 p. 37.

⁸⁸ Mål C-444/02 p. 40–42 och 53, mål C-46/02 p. 34–36 och 49, mål C338/02 p. 24–26 och 37, mål C-203/02 p. 31–33 och 42. Den svenska språkversionen av avgörandena använder det mindre precisa begreppet ”uppgifter” snarare än ”sjlvständiga element”. Den engelska språkversionerna använder begreppet ”existing independent materials” som motsvarar uttrycket ”sjlvständiga element” i databasdefinitionen i artikel 1.2 i direktivet.

⁸⁹ Mål C-444/02 p. 40 och 53, mål C-46/02 p. 34 och 49, mål C-338/02 p. 24 och 37, och mål C-203/02 p. 31 och 42.

EU-domstolen har som stöd till denna gränsdragning hänvisat till databasdirektivets skäl 19 och 39. I skäl 39 i databasdirektivet anges att direktivet har som mål att skydda databasproducenten mot att en användare eller konkurrent tillägnar eller på något sätt tillgodogör sig resultaten av de investeringar som de som sökt och samlat innehållet har gjort.⁹⁰ EU-domstolen har, med stöd av skäl 39, gett sui generis-rätten innebörden av ett skydd mot otillbörlig snyltning.⁹¹ Det framgår dock inte av EU-domstolens hänvisning till skäl 39 huruvida avseende har fästs vid den *skada* som genom det otillbörliga tillägnandet åsamkats databasproducenten eller den *obehöriga vinsten* som tillkommit den som tillägnat sig databasens innehåll.

Av skäl 19 i databasdirektivet följer att en samling av flera upptagningar av musikstycken på en CD normalt sett inte tillhör databasdirektivets tillämpningsområde, eftersom den inte utgör en tillräckligt stor investering för att åtnjuta sui generis-skyddet i artikel 7. Med detta resonemang i grunden innebär uttalandet i skäl 19 att de resurser som en databasproducent har lagt ner på själva skapandet av de självständiga elementen inte kan likställas med den typ av investering i anskaffning av databasens innehåll som sui generis-skyddet förutsätter. Detta får också till följd att dessa resurser inte ska beaktas vid bedömningen om huruvida investeringen för databasens upprättande är väsentlig eller ej.⁹²

För det fallet att en databasproducent har lagt ner resurser i såväl sökning eller insamling som skapande av elementen krävs att investeringarna för sökning eller insamling är *självständiga* i relation till investeringarna för skapandet. Av EU-domstolens rättspraxis kan det utläsas att om en databasproducent har gjort investeringar i skapandet av de självständiga elementen inte *i sig* utesluter sui generis-skyddet.⁹³ Detta gäller under förutsättning att de olika investeringarna är självständiga i förhållande till varandra, där enbart investeringar vid anskaffningen i bemärkelsen att söka eller insamla de självständiga elementen skyddas.

Av EU-domstolens fasta rättspraxis följer att begreppet anskaffning inte avser resurser som, för exempelvis upprättandet av en spelordning i syfte att anordna fotbollsmatcher i en liga, har lagts ner på att ta fram speldagar, matchtider och vilka lag som ska spela mot varandra i respektive match.⁹⁴ Ett liknande resonemang lades till grund för BHB- domen, där EU-domstolen anförde att de investeringar som har gjorts vid anordnande av hästkapplöpningar för att upprätta en lista över de hästar som fick delta i ett lopp inte utgör en investering i anskaffning eller granskning (av databas innehåll) i direktivets mening.⁹⁵

Centralt för EU-domstolens resonemang synes vara att det i regel inte torde krävas resurser i form av investeringar vid sökande eller insamlande av element

⁹⁰ Såväl den svenska som engelska språkversionen av skäl 39 i databasdirektivet ger således stöd för denna tolkning, dvs. att begreppet anskaffning inte inrymmer skapandet av de element som ingår i databasen. Se mål C-444/02 p. 41, mål C-46/02 p. 35, mål C-338/02 p. 25, och mål C-203/02 p. 32 med hänvisning till GA:s yttrande i nämnda mål pp. 67–72.

⁹¹ Axhamn (2016), s. 234.

⁹² Mål C-444/02 p. 42, mål C-46/02 p. 36, mål C-338/02 p. 26, mål C-203/02 p. 33. Jfr även Axhamn (2016), s. 234 f.

⁹³ Mål C-203/02 p. 35. Se även mål C-444/02 p. 45, mål C-46/02 p. 39 och mål C-338/02 p. 29.

⁹⁴ Mål C-444/02 p. 53, mål C-46/02 p. 49 och mål C-338/02 p. 37.

⁹⁵ Mål C-203/02 p. 38.

som databasproducenten redan har tillgång till. Den praktiska innebörden av detta resonemang är att sui generis-skyddet i princip är uteslutet, eftersom det kan vara svårt för den som skapar elementen att styrka att den har behövt lägga ner resurser på att söka och samla in dessa. Med det sagt, kan det ändå under vissa omständigheter krävas en investering i att söka och samla in elementen som skapats och som databasproducenten redan har tillgång till.⁹⁶

Bedömningen om detta krävt kvantitativt eller kvalitativt väsentliga investeringar i frågan om sökande och insamlande, i de fall elementen redan är tillgängliga för databasproducenten i samband med skapandet av dessa, torde göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Enligt *Axhamn* kan en sådan bedömning fordra att ställning tas till vad som utgör ett element som har ett ”självständigt informationsvärde”. Om det självständiga informationsvärdet tillkommer elementet i samband med dess införande i databasen är det enligt *Axhamn* inte fråga om ett insamlande som kan betraktas som anskaffning och därmed skyddas av sui generis-rätten.⁹⁷

Vad som närmare ska förstås med ”självständigt informationsvärde” tar närmast sikte på det värde som det enskilda elementet *i sig* har. EU-domstolen har konstaterat att såväl en enskild uppgift som en samling av uppgifter kan utgöra ett självständigt element i direktivets mening, vilket är en förutsättning för databasdefinitionen i artikel 1.⁹⁸ Direktivet anger inte uttryckligen vad som ska förstås med självständighetskravet, men skäl 17 ger viss vägledning genom att ge exempel på vad som *inte* kan utgöra självständiga element och därmed en icke-skyddsvärd databas. Av den tredje strecksatsen i skäl 17 följer att en ”upptagning av ett audiovisuellt, filmiskt, litterärt eller musikaliskt verk hör inte automatiskt till detta direktivs tillämpningsområde”.

EU-domstolen har, med hänvisning till skäl 17, utvecklat kravet på självständighet och angett att varje enskilt element ska kunna särskiljas från de andra elementen utan att det enskilda elementets informativa, litterära, konstnärliga eller musikaliska eller annat innehållsvärde påverkas.⁹⁹ Upprättandet av en databas kan visserligen ge de ingående elementen ett mervärde genom att dessa sammanställs på ett systematiskt eller metodiskt sätt, men för att dessa ska anses utgöra självständiga element krävs att vart och ett av dessa element inte påverkas, varken positivt eller negativt, efter att ha blivit föremål för ett utdrag ur samlingen.¹⁰⁰

Vidare har EU-domstolen uttryckt att såväl en enskild uppgift som en samling av uppgifter kan utgöra ett självständigt element i direktivets mening. På så vis är det tänkbart att ett element, som består av såväl självständiga som osjälvständiga delar, kan omfattas av kravet på självständighet.¹⁰¹ Det avgörande i detta sammanhang torde vara i vilken utsträckning de ingående elementen är osjälvständiga dels i förhållande till varandra, dels i förhållande till samlingen som helhet.¹⁰²

⁹⁶ Jfr *Axhamn* (2016), s. 237 f.

⁹⁷ A.a., s. 238.

⁹⁸ Mål C-490/14.

⁹⁹ Mål C-444/02 p. 29, och även mål C-490/14 p. 17.

¹⁰⁰ Mål C-444/02 p. 33, mål C-604/10 p. 26 och mål C-490/14 p. 22.

¹⁰¹ Gaster (1999), s. 40. Jfr Beunen (2007), s. 54 och 69.

¹⁰² Jfr *Axhamn* (2016), s. 101.

Självständighetskravet är på så vis kopplat till frågan om utdrag av ett enstaka resultat kan hindras med stöd av sui generis-rätten. Bedömningen om en uppgift utgör ett självständigt element blir avhängig sättet uppgiften insamlas på.¹⁰³

2.2.2 Granskning

En stor del databaser, s.k. realtidsdatabaser, syftar till att i realtid tillhandahålla korrekt och tillförlitlig information. Detta är särskilt förekommande för databaser som tillhandahåller information om t.ex. börsen och börskurser.¹⁰⁴ Beroende på syftet med databasen kan dess innehåll således behöva uppdateras mer frekvent.¹⁰⁵ EU-domstolen har anfört att begreppet granskning tar sikte på de resurser som, i syfte att säkerställa att uppgifterna i databasen är tillförlitliga, läggs ner på att kontrollera att dessa är korrekta.¹⁰⁶ Detta gäller för både upprättandet av databasen och den löpande granskningen av databasinnehållet under tiden den är i drift.¹⁰⁷ Enligt *Axhamn* tar hänvisningen till att sökelementen ska vara korrekta sikte på elementens korrekthet i relation till syftet med databasen.¹⁰⁸

EU-domstolen har, i likhet med gränsdragningen mellan skapande och insamling eller sökande (anskaffning), dragit en skiljelinje mellan skapande och granskning. De resurser som har lagts ner på att utföra kontroller av uppgifterna under den tid de självständiga elementen skapas och som därefter insamlas i databasen, omfattas inte av begreppet granskning.¹⁰⁹ Av detta följer att investeringar som avser skapandet således inte kan beaktas inom ramen för kravet på väsentlig investering för granskning och att investeringar för skapandet ska särskiljas från investeringar för granskning.¹¹⁰

En förutsättning för sui generis-skyddet synes vara att investeringarna i skapande respektive granskning kan hållas åtskilda, i likhet med skiljelinjen för investeringar i skapande respektive anskaffning. Hur denna gränsdragning i praktiken ska göras anges inte, men viss vägledning antyds av EU-domstolen i bl.a. BHB-avgörandet. I denna dom anges att det förvisso krävs förhandskontroller av exempelvis anmälares identitet, hästens egenskaper och klassificeringen av hästen innan en häst förs upp på en startlista för ett lopp. Dessa kontroller sker emellertid under den tid listan för loppet skapas, varför dessa investeringar ansågs avse skapandet av uppgifterna och inte en granskning av databasens innehåll.¹¹¹

Med det sagt, har EU-domstolen inte uteslutit att en databasproducent kan särskilja sina investeringar i skapande respektive granskning. Vad som däremot antyds är att den som skapar de självständiga uppgifterna i princip inte torde

¹⁰³ Axhamn (2016), s. 238.

¹⁰⁴ A.a., s. 240.

¹⁰⁵ Beunen 2007 s. 134.

¹⁰⁶ Axhamn (2016), s. 240.

¹⁰⁷ Mål C-444/02 p. 43 och 53, mål C-46/02 p. 37, mål C-338/02 p. 27 och mål C-203/02 p. 34 och 42.

¹⁰⁸ Axhamn (2016), s. 240.

¹⁰⁹ Mål C-203/02 p. 34 och 42.

¹¹⁰ Mål C-203/02 p. 35, mål C-444/02 p. 45, mål C-46/02 p. 39 och mål C-338/02 p. 29.

¹¹¹ Mål C-203/02 p. 39.

kunna göra någon skyddsvärd (väsentlig) investering i granskning under den fas som databasen upprättas utan enbart under den fas som databasen är i drift. Det främsta skälet till detta får förstås vara att databasproducenten inte behöver lägga ner större resurser på detta, eftersom det rör sig om uppgifter som denne har skapat och därmed redan har tillgång till. Det utesluter emellertid inte att det kan krävas en kvantitativ eller kvalitativ (väsentlig) investering för insamlingen av uppgifterna för att ordna dem systematiskt eller metodiskt och för att kontrollera att dem är korrekta och tillförlitliga vid varje tidpunkt som databasen är i drift.¹¹²

I doktrinen har det argumenterats för att det, trots att elementen i databasen inte ändras eller rättas efter en granskning, kan vara fråga om en väsentlig investering.¹¹³ Det har även anförts att även en radering, utöver ändring eller rättelse, kan vara resultatet av en granskning enligt artikel 7.1 i direktivet.¹¹⁴ Det avgörande torde således vara de resurser som krävts för granskningen och inte om denna renderat i någon ändring, rättelse eller radering av något självständigt element.¹¹⁵

2.2.3 Presentation

Enligt EU-domstolen tar investeringsföremålet *presentation* sikte på de resurser som lagts ner för att förse databasen med en informationsbehandlingsfunktion. Detta knyter, enligt EU-domstolen, an till de resurser som krävs för att systematiskt eller metodiskt sammanställa, ordna eller arrangera de självständiga elementen på ett sätt som gör databaselementen tillgängliga var för sig.¹¹⁶ Med *presentation* avses således strukturering och organisering av databasinnehållet, vilket även innefattar åtgärder i syfte att tillgängliggöra innehållet för användarna.¹¹⁷

Denna uppfattning kan tänkas följa av skäl 20 i databasdirektivet, där det anges att *sui generis*-skyddet kan åtnjutas för sådana element som är nödvändiga för att en databas ska fungera och kunna rådfrågas, vilket är fallet för exempelvis ordböcker och indexeringsystem. Som exempel på åtgärder som har ansetts inrymmas i presentationsbegreppet är åtgärder för att skapa mervärde till rådata, vilket kan vara fallet om det exempelvis har krävts resurser för att lägga till ytterligare information¹¹⁸ till de redan befintliga elementen.¹¹⁹ *Axhamn* ställer sig dock kritisk till detta och förklarar att dessa åtgärder ”tar sikte på åtgärder i innehållet *i sig* snarare än *med* innehållet i en databas”.¹²⁰

¹¹² Se C-444/02 p. 46, C-46/02 p. 40, C-338/02 p. 30 och C-203/02 p. 36.

¹¹³ Derclaye (2008), s. 97.

¹¹⁴ Beunen (2007), s. 134 f.

¹¹⁵ Axhamn (2016), s. 243.

¹¹⁶ Mål C-444/02 p. 43, mål C-46/02 p. 37, mål C-338/02 p. 27, och mål C-203/02 p. 36.

¹¹⁷ Axhamn (2016), s. 243. Se även GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 72, mål C-444/02 p. 78 och mål C-338/02 p. 62.

¹¹⁸ Denna s.k. *metadata* kan enkelt uttryckas som data om själva datan. Metadata används för att identifiera, autentisera och beskriva samlingar av data och andra relaterade betrodda informations- eller datakällor. På så sätt utgör metadata den ”linsen” som den aktuella datan ska tolkas och förstås utifrån. Se Gilliland (2016), Table 2.

¹¹⁹ Hugenholtz (2005), s. 206, Beunen (2007), s. 137 och Bensinger (1999), s. 159.

¹²⁰ Axhamn (2016), s. 244.

EU-domstolen har konstaterat att presentationen av en spelordning för en fotbollsliga *inte* kan anses omfattas av presentationsbegreppet i databasdirektivets mening. Eftersom dessa åtgärder för presentationen inte är självständiga i relation till själva skapandet av uppgifterna som sådana kan ett sui generis-skydd inte åtnjutas.¹²¹ På samma sätt som för investeringsföremålen anskaffning och granskning, har EU-domstolen framhållit en skiljelinje mellan presentation och skapandet av uppgifterna med innebörden att enbart presentationsåtgärder som är självständiga i förhållande till investeringarna i skapandet av elementen skyddas av sui generis-rätten.¹²²

En fråga som väcks är huruvida presentationsbegreppet enbart tar sikte på resurser som har lagts ner för redan existerande uppgifter eller om även resurser som krävts för att exempelvis upprätta en informationsbehandlingsfunktion eller databashanterare i vilken det på efterhand införs uppgifter omfattas. Det saknas principiellt sett skäl att behandla denna fråga annorlunda än vad som gäller för investeringsföremålet granskning. Detta stöds även av att syftet med sui generis-rätten är att skydda en databasproducent mot att andra utnyttjar resultatet av de väsentliga investeringarna som har gjorts i anskaffning, granskning eller presentation av databasinnehållet. Sui generis-rättens skyddsföremål är således den väsentliga investeringen och databasproducentens förfogande över databasen.

2.3 Skyddsomfång

2.3.1 Rätten att förbjuda otillbörliga utdrag och återanvändningar

Av artikel 7.1 i databasdirektivet följer att sui generis-rättens skyddsföremål är databasproducentens rätt att ”förbjuda utdrag och/eller återanvändning av hela eller en kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig del av databasens innehåll”, vilket även stöds av skäl 41 i direktivet. Utgångspunkten för skyddet är följaktligen att det enbart är förfoganden över hela eller kvalitativt eller kvantitativt väsentliga delar av databasen, som kan få en negativ inverkan på databasproducentens väsentliga investering.

Motsatsvis förstås att förfoganden över icke-väsentliga delar typiskt sett inte anses få denna effekt, vilket är bakgrunden till skyddsbestämmelsen i artikel 7.5 i direktivet.¹²³ Artikel 7.5 anger att återkommande eller systematiska utdrag och/eller återanvändning av väsentliga delar av databasens innehåll, som förutsätter förfoganden som strider mot normalt bruk av databasen eller som orsakar databasproducentens lagstadgade rättigheter oförsvarlig skada, inte är tillåtna. I skäl 42 i direktivet anförts följande:

Den särskilda rätten att förhindra olovligt utdrag och/eller återanvändning avser användarens förfoganden som överskrider dennes lagliga rätt och som på så vis är till men för investeringen.

¹²¹ Mål C-338/02 p. 35 och mål C-46/02 p. 46. Jfr mål C-444/02 p. 51.

¹²² Mål C-444/02 p. 46, mål C-46/02 p. 40, mål C-338/02 p. 30 och mål C-203/02 p. 36.

¹²³ Axhamn (2016), s. 275.

Rätten att förbjuda utdrag och/eller återanvändning av hela eller en väsentlig del av innehållet gäller förutom produktion av en otillbörligen konkurrerande produkt också användaren som genom sitt förfogande undergräver investeringen på ett kvalitativt eller kvantitativt sett väsentligt vis.

Artikel 7.5 i direktivet var tilltänkt att komplettera huvudregeln i artikel 7.1. I den gemensamma ståndpunkten beskrevs artikel 7.5 som en skyddsregel, där det anfördes att denna skyddsklausul infördes i syfte att undvika att bristen på skydd för icke väsentliga delar av en databas skulle leda till att en användare återkommande och systematiskt gör utdrag ur eller använder databasens innehåll på ett otillbörligt sätt.¹²⁴ Artikel 7.5 i direktivet bör förstås som att återkommande och systematiska utdrag och/eller återanvändningar av icke väsentliga delar av databasens innehåll, som förutsätter förfoganden som strider mot normalt bruk av databasen eller som på ett oskäligt vis gör intrång på databasproducentens legitima intressen, inte är tillåtna.¹²⁵ För att skyddsregeln i artikel 7.5 ska bli tillämplig krävs härutöver att förfogandena ska ha en särskild verkan.¹²⁶

Av ordalydelsen i artikel 7.5 följer att det ska vara fråga om återkommande eller systematiska utdrag och/eller återanvändningar, vilket innebär att det är alternativa rekvisit. EU-domstolen har emellertid beskrivit dessa som kumulativa med hänvisning till dels att de flesta språkversionerna av direktivtexten anger att det ska vara fråga om återkommande ”och” systematiska utdrag och/eller återanvändningar, dels direktivets syfte. Det är sannolikt mot denna bakgrund EU-domstolen har tolkat begreppen som ett och samma rekvisit.

Det avgörande för bedömningen om ett utdrag och/eller återanvändning är återkommande och systematisk är den *effekt* som detta förfogande över de icke väsentliga delarna i databasen kan ge upphov till.¹²⁷ Genom sin hänvisning till den gemensamma ståndpunkten har EU-domstolen konstaterat att skyddsregeln i artikel 7.5 har som syfte att säkerställa att förbudet i artikel 7.1 inte kringgås.¹²⁸ Den närmare innebörden av detta är att artikel 7.5 syftar till att förhindra att sui generis-rätten urholkas genom att en användare successivt gör utdrag och/eller återanvändningar av icke väsentliga delar av databasen.¹²⁹

Som en följd av detta, och som ett sätt att säkerställa sui generis-skyddets genomslag, har EU-domstolen angett att artikel 7.5 ska tolkas på så sätt att den tar sikte på att förhindra återkommande och systematiska utdrag och/eller

¹²⁴ Gemensam ståndpunkt, p. 14. På liknande sätt har GA betecknat artikel 7.5 som ett undantag från det undantag som följer av artikel 7.1, dvs. ett undantag från huvudregeln i artikel 7.1 att icke väsentliga delar faller utanför skyddsområdet. Se GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 74 och 127, mål C-444/02 p. 80, mål C-338/02 p. 64, och mål C-203/02 p. 58.

¹²⁵ Enligt Axhamn följer dessa språkliga justeringar EU-domstolens justeringar i mål C-203/02 pp. 5, 86 och 88 och stämmer i allt väsentligt överens med Karnells språkversion av artikel 7.5; se Karnell i NIR 1999 s. 217.

¹²⁶ Jfr GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 104, mål C-444/02 p. 110 och 133, mål C-338/02 p. 85 och 108, och mål C-203/02 p. 89 och 112.

¹²⁷ GA:s yttrande i C-444/02 p. 144, mål C-338/02 p. 119 och mål C-203/02 p. 123.

¹²⁸ Mål C-203/02 p. 86, 89 och 95. För ett liknande resonemang, se GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 74, mål C-444/02 p. 80, mål C-338/02 p. 64, mål C-203/02 p. 58 och mål C-304/07 p. 53. Se även t.ex. Leistner (2000), s. 180 och Cook (2010) avsnitt 3.134.

¹²⁹ GA:s yttranden i mål C-444/02 p. 143, mål C-338/02 p. 118, och mål C-203/02 p. 122.

återanvändningar av icke väsentliga delar som, genom sin *kumulativa verkan*, kan få en negativ inverkan på databasproducentens investering, i likhet med de utdrag och/eller återanvändningar som avses i artikel 7.1.¹³⁰ Genom denna tolkning realiseras syftet med artikel 7.5 som en skyddsregel och fyller luckan för icke väsentliga delar som artikel 7.1 ger utrymme för. På så vis uppnås också syftet med artiklarna 7.1 och 7.5 som är att skydda själva investeringen som sådan.¹³¹

Beträffande uttrycken ”strider mot normalt bruk av databasen” och ”oskäligt vis gör intrång på databasproducentens legitima intressen” har EU-domstolen inte gjort någon åtskillnad mellan dessa förfoganden. Istället har det hänvisats till förfoganden som undergräver databasproducentens investering.¹³² Som stöd för denna bedömning angavs dels skäl 42, som anför att syftet med förbudet i artikel 7.5 är att förhindra förfoganden som är till men för investeringen, dels skäl 48, där det anges att syftet med *sui generis*-skyddet är att ”garantera att databasproducenten uppbär ersättning”.¹³³

Vad gäller begreppet utdrag, dvs. överföringen av en del av databasinnehållet till ett annat medium,¹³⁴ har EU-domstolen konstaterat att förbudet i artikel 7.5 avser de förfogandena som, genom att vara återkommande och systematiska, skulle medföra att databasen i sin helhet, eller i vart fall en väsentlig del av denna, återskapas utan databasproducentens tillstånd. Detta synes gälla oaktat om utdragen gjorts i syfte att upprätta en annan databas eller för något annat ändamål, inte minst eftersom något sådant krav på ett visst syfte inte uppställs i varken artikel 7.1 eller 7.5.¹³⁵ I likhet med utdragsbegreppet, innebär artikel 7.5 också ett förbud mot återkommande och systematiska återanvändningar av icke väsentliga delar av databasen, i linje med förbudet i artikel 7.1, genom att tillgängliggöra databasens innehåll för allmänheten.¹³⁶

I anslutning därtill har det diskuterats huruvida begreppen ”återkommande” och ”systematiskt” förutsätter ett visst tidsintervall som ett förfogande enligt artikel 7.5 behöver pågå under för att omfattas av artikeln.¹³⁷ *Stix-Hackel* har angett att ett återkommande och systematiskt förfogande kan anses föreligga om det sker med regelbundna mellanrum såsom vecko- eller månadsvis eller till och med på daglig basis.¹³⁸

En liknande fråga har uppstått för huruvida begreppet *systematiskt* indirekt antyder att förfogandena sker under ett begränsat tidsintervall. Till skillnad från begreppet återkommande, har EU-domstolen vid tolkningen av begreppet

¹³⁰ Mål C-203/02 p. 86, 89 och 95 och GA:s yttrande i mål C-304/07 p. 53. För ett liknande resonemang, se GA:s yttranden i mål C-444/02 p. 134, mål C-338/02 p. 109 och mål C-203/02 p. 113.

¹³¹ GA:s yttranden i mål C-444/02 p. 134, mål C-338/02 p. 109 och mål C-203/02 p. 113. För motsatt uppfattning, se Beunen (2007), s. 201 ff.

¹³² Axhamn (2016), s. 297.

¹³³ GA:s yttranden i mål C-444/02 p. 146–150, mål C-338/02 p. 121–125 och mål C-203/02 p. 125–129. Jfr Leistner (2000), s. 181.

¹³⁴ Axhamn (2016), s. 298.

¹³⁵ Mål C-203/02 p. 87 och mål C-304/07 p. 27 och 59. Se även GA:s yttranden i mål C-444/02 p. 142, mål C-338/02 p. 117 och mål C-203/02 p. 121.

¹³⁶ Mål C-203/02 p. 88.

¹³⁷ Se t.ex. Westkamp i IIC 2003 s. 800 och Axhamn (2016), s. 298.

¹³⁸ GA:s yttranden i mål C-444/02 p. 145, mål C-338/02 p. 120 och mål C-203/02 p. 124.

systematiskt fäst avseende vid den *effekt* som förfogandena har inneburit *ex post* snarare än ett skydd mot sådana förfoganden *ex ante*. Skälet till torde vara att det inte går att konstatera en överträdelse av artikel 7.5 förrän den kumulativa negativa verkan på investeringen som förfogandena har inneburit fastställs.¹³⁹

Distinktionen mellan å ena sidan skyddet mot förfoganden över databasens innehåll, utan att innebär något skydd för innehållet i sig, och å andra sidan skyddet för investeringen, kan i praktiken vara svår att göra. Detta gäller särskilt i de fallen databasens innehåll inte är allmänt tillgänglig. Det framstår således som oklart om skyddet för investeringen, genom att ge databasproducenten en särskild rätt att förhindra olovliga utdrag och/eller återanvändningar av databasen i sin helhet eller väsentliga delar av denna, därigenom även ger ett indirekt skydd för databasens innehåll i sig.¹⁴⁰

Frågan om kopplingen mellan skyddet för investeringen och databasproducentens särskilda rätt att förhindra olovliga utdrag och/eller återanvändningar handlar således om relationen mellan investeringen, innehållet i databasen och rätten att förbjuda utdrag och återanvändningar av databasens innehåll. Detta torde, enligt *Axhamn*, lämpligen ta sin utgångspunkt i innebörden av begreppet kvalitativt eller kvantitativt väsentliga delar i syfte att förstå kopplingen mellan sui generis-rättens skyddsomfång och föremål.¹⁴¹

2.3.2 Kvalitativt eller kvantitativt väsentliga delar av databasen

Begreppet kvalitativt eller kvantitativt väsentliga delar definieras inte i varken direktivtexten eller skälen.¹⁴² EU-domstolen har anfört, med hänvisning till skäl 42 i databasdirektivet, att den kvalitativa eller kvantitativa väsentliga delen avser den investeringen som databasproducenten har gjort för att upprätta databasen och den skada som åsamkas denna investering till följd av utdraget och/eller återanvändningen av just denna del.¹⁴³

Begreppet kvantitativt (väsentlig del) tar sikte på mängden utdragna och/eller återanvända element från databasen och ska följaktligen bedömas i relation till databasens totala antal element. Förfogandet ifråga av en kvantitativt sett väsentlig del av en databas, som krävt en väsentlig investering för upprättandet, motsvarar att investeringen i den utdragna och/eller återanvända delen är proportionellt sett lika väsentlig.¹⁴⁴ På så vis är det fråga om en fördelning av den väsentliga investeringen som lagts ner i förhållande till den del som förfogandet avser med utgångspunkt i hur stor andel av databasens totala innehåll som den delen avser. Med andra ord ska bedömningen om huruvida en del är väsentlig enbart göras i relation till den databas som den delen härrör från.¹⁴⁵

¹³⁹ Axhamn (2016), s. 298–299.

¹⁴⁰ Se härom avsnitt 3.4.3.

¹⁴¹ Axhamn (2016), s. 275 f.

¹⁴² GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 87 och 96, mål C-444/02 p. 93 och 102, C-338/02 p. 68 och 77, mål C-203/02 p. 72 och 81. Jfr Herr (2008), s. 99.

¹⁴³ Mål C-203/02 p. 69.

¹⁴⁴ Mål C-203/02 p. 70 och 82 och mål C-545/07 p. 59.

¹⁴⁵ Mål C-545/07 p. 60.

Denna syn på proportionalitet, som EU-domstolen förespråkar, liknar enligt *Axhamn* vad som redan gäller inom upphovsrätten, dvs. ju större investering som lagts ner för databasen som helhet, desto mindre delar av dess totala innehåll kan var för sig bedömas som kvantitativt väsentliga.¹⁴⁶ Det är således inte fråga om något strikt absolut synsätt¹⁴⁷ i form av att den kvantitativa bedömningen kräver en viss procentandel,¹⁴⁸ och inte heller är det fråga om ett strikt relativt synsätt.¹⁴⁹ Det torde sålunda krävas en in casu-bedömning utifrån den totala nedlagda investeringen och den förfogade delen i relation till databasens totala innehåll.

Begreppet kvalitativt, å sin sida, avser storleken på den investeringen, som är hänförlig till något av investeringsföremålen, i föremålet för utdraget och/eller återanvändningen. Detta gäller oaktat om detta föremål utgör en kvantitativt sett väsentlig del av databasinnehållet,¹⁵⁰ vilket innebär att dessa bedömningar är självständiga i förhållande till varandra. Detta medför att en del som är kvalitativt väsentlig samtidigt kan betraktas som kvantitativt väsentlig.¹⁵¹ Kriterierna kvantitativt och kvalitativt är därigenom alternativa.¹⁵²

EU-domstolens tolkningsbesked får således förstås som att en del av en databas bedöms vara en kvalitativt väsentlig del om den delen *i sig* har krävt (relevanta) väsentliga investeringar.¹⁵³ Det faktum att kvalitativt väsentliga delar uppställs av sui generis-skyddet som ett alternativt kriterium till kvantitativt väsentliga delar kan, enligt *Axhamn*, förstås som att avsikten inte har varit att uppställa en kvantitativ miniminivå i form av ett visst antal utdragna och/eller återanvända element för att det ska bli fråga om en väsentlig del.¹⁵⁴

I regel faller utdrag och/eller återanvändningar av kvalitativt eller kvantitativt oväsentliga delar utanför sui generis-rättens tillämpningsområde enligt artikel 7.1. Artikel 7.5 föreskriver emellertid ett undantag, där återkommande och systematiska utdrag och/eller återanvändningar av icke väsentliga delar under vissa

¹⁴⁶ Axhamn (2016), s. 278.

¹⁴⁷ Jfr GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 89 f., mål C-444/02 p. 95 f., mål C-338/02 p. 70 f. och mål C-203/02 p. 74 f.

¹⁴⁸ Jfr Bensinger (1999) s. 207, som gör bedömningen att en del är kvantitativt väsentlig endast om den motsvarar åtminstone mer än hälften av databasen.

¹⁴⁹ Jfr GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 89 f., mål C-444/02 p. 95 f., mål C-338/02 p. 70 f. och mål C-203/02 p. 74 f.

¹⁵⁰ Se mål C-203/02 p. 71, 76 och 82 och mål C-545/07 p. 66, 68 och 74. En liknande tolkningen har tidigare framförts i bl.a. GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 94 f., mål C-444/02 p. 100 f., mål C-338/02 p. 75 f. och mål C-203/02 p. 79 f. Det är i sammanhanget värt att nämna att även en kvantitativt oväsentlig del kan kräva en väsentlig investering i form av mänskliga, tekniska och/eller ekonomiska resurser hänförliga till något av investeringsföremålen.

¹⁵¹ Jfr GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 91, mål C-444/02 p. 97, mål C-338/02 p. 72 och mål C-203/02 p. 76.

¹⁵² Detta överensstämmer även med den gemensamma ståndpunkten, som anger att kvalitativt respektive kvantitativt väsentlig del är alternativa kriterier. Se härom artikel 7 i den gemensamma ståndpunkten och p. 14 i motiveringen.

¹⁵³ Axhamn (2016), s. 280. Jfr dock t.ex. Beunen (2007), s. 191 f., som hävdar att denna bedömning bör avse de relevanta investeringarna i den del som varit föremål för utdrag och/eller återanvändning i förhållande till databasen som helhet, i likhet med bedömningen för vad som utgör en kvantitativt väsentlig del.

¹⁵⁴ Axhamn (2016), s. 280 f. Jfr GA:s yttranden i mål C-46/02 p. 88, mål C-444/02 p. 94, mål C-338/02 p. 69, och mål C-203/02 p. 73.

förutsättningar kan förbjudas av databasproducenten.¹⁵⁵ Vad som ska förstås med begreppet ”icke väsentlig del” framgår dock inte av direktivet. EU-domstolen har emellertid valt att negativt definiera begreppet ”icke väsentlig del” på så vis att en oväsentlig del är en del som varken är kvalitativt eller kvantitativt väsentlig.¹⁵⁶ Enligt *Axhamn* ger detta uttryck för att begreppet icke väsentlig del är en slags *slasktratt* till begreppet väsentlig del.¹⁵⁷

2.3.3 Skydd för databasens innehåll i sig

Som hittills konstaterats tar *sui generis*-rätten sikte på att skydda databasproducenten mot förfoganden över databasinnehåll som undergräver den väsentliga investeringen och inte innehållet *i sig*. Om databasinnehållet är allmänt tillgängligt är det praktiskt möjligt för någon annan att anskaffa, granska och/eller presentera samma innehåll i en ny, konkurrerande databas.¹⁵⁸ Detta synsätt underbyggs ytterligare av EU-domstolens åtskillnad mellan å ena sidan väsentliga investeringar i anskaffning, granskning och presentation av innehållet och å andra sidan investeringar i skapandet av detta innehåll.

Mot bakgrund av att *sui generis*-rätten skyddar de investeringar i anskaffning, granskning och presentation som är självständiga i förhållande till investeringar i skapandet av data, är det tänkbart att data som genereras i strukturerad form¹⁵⁹ sannolikt inte skulle omfattas av *sui generis*-skyddet. Det främsta skälet till detta torde vara att det i regel inte krävs några väsentliga investeringar i anskaffning, granskning och/eller presentation av innehållet i databasen, eftersom samma resurser krävs för att skapa innehållet. I samma ögonblick som datan skapas, sammanställs den också. Det kan visserligen krävas väsentliga investeringar för att strukturera datan på ett visst sätt, men eftersom dessa inte är självständiga i relation till de investeringar som krävs för att skapa datan torde *sui generis*-skyddet vara nästintill uteslutet.

Motsatsvis skulle investeringar beträffande ostrukturerad data¹⁶⁰ kunna resultera i att ett företag åtnjuter *sui generis*-skyddet. Detta gäller särskilt big data såsom data från sociala medier eller näthandelsplatser, som ofta är automatgenererad och förekommer i ostrukturerad form. Det faktum att datan är automatgenererad, vilket sker i större utsträckning än tidigare i takt med den tekniska utvecklingen, big data och IoT, torde sakna betydelse för *sui generis*-skyddet. Detta gäller inte minst då detta avser sättet på vilket datan genereras eller skapas, vilket faller utanför *sui generis*-rätten skyddsomfång, eftersom investeringar i

¹⁵⁵ Se avsnitt 3.4.1.

¹⁵⁶ Mål C-203/02 p. 73 och 82 och GA:s yttrande i nämnda mål p. 84.

¹⁵⁷ *Axhamn* (2016), s. 284.

¹⁵⁸ Se t.ex. *Derclaye* (2008), s. 109 och *Davison* (2003), s. 89.

¹⁵⁹ Strukturerad data är data som förekommer eller genereras i ett fast format och grundas på ett detaljerat register och föränderlig struktur, god etikettering av databasens värden samt hög datakvalitet. Se *Verhoef, Kooge & Walk* (2016), s. 129 f.

¹⁶⁰ Ostrukturerad data är data som inte förekommer eller genereras i ett fast format och kommer ofta i stora mängder. Därutöver, består ostrukturerad data till stor del av friformaterad text och kräver av det skälet att datan tolkas och filtreras för att därigenom skapa värde. Se a.a., s. 130.

skapandet av databasens innehåll inte skyddas.¹⁶¹ Det väsentliga i detta sammanhang är att datan genereras i ostrukturerad form. Denna dataform kräver resurser för att överhuvudtaget vara värdefull, vilket ofta kräver att ytterligare data tillförs de redan befintliga uppgifterna i databasen.

I regel torde väsentliga investeringar i framför allt presentation av detta databasinnehåll krävas, men även i anskaffning och granskning till följd av just den ostrukturerade formen. Anledningen till detta är att det krävs att denna självständiga data sammanställs, ordnas eller arrangeras på ett sätt som gör databasinnehållet tillgängliga var för sig. I en kommentar till EU-domstolens avgöranden¹⁶² har *Derclaye* argumenterat för att det i praktiken kommer att uppstå svårigheter i att styrka en självständig väsentlig investering i form av presentation för det databasinnehåll som databasproducenten själv har skapat. Det skäl som anförts för denna bedömning är att dessa självständiga element i flertalet fall redan kommer att vara tämligen strukturerade och organiserade som ett resultatet av databasproducenten huvudaktivitet.¹⁶³ En väsentlig investering i form av presentation kommer, enligt *Derclaye*, att komma på fråga om databasproducenten har skapat oorganiserade eller ostrukturerade uppgifter och därefter gör en väsentlig investering för att strukturera eller ordna elementen på ett visst sätt.

Enligt *Axhamn* kan det visserligen vara svårt att styrka självständigheten mellan investeringarna i å ena sidan presentation och å andra sidan skapande, inte minst när uppgifterna skapas och insamlas av databasproducenten. *Axhamn* menar däremot att svårigheterna snarare hänför sig till distinktionen mellan skapande av element och självständighetsbedömning.¹⁶⁴

Detta förutsätter att datan har ett självständigt informationsvärde och kan skapa (mer)värde, eller annorlunda uttryckt generera avkastning, för databasproducenten. Under förutsättning att investeringarna i att anskaffa, granska och presentera detta innehåll är självständiga i förhållande till investeringar i skapandet av innehållet torde sui generis-skyddet kunna åtnjutas särskilt för ostrukturerad data. På så vis synes sui generis-rätten i dessa situationer bli avhängigt vad databasinnehållet består av, vilket är kopplat till självständighetskravet och investeringsföremålen.

Interna datakällor är typiskt sett källor som inte är allmänt tillgängliga på så sätt att källan befinner sig inom företaget.¹⁶⁵ Detta är särskilt fallet för digitala tjänster och sociala medier. Om den som gör investeringen i anskaffning, granskning och/eller presentation dessutom är den som skapar databasinnehållet uppstår därmed en risk för ett indirekt informationsmonopol.¹⁶⁶ Detta gäller inte minst om databasproducenten som både upprättar databasen och skapar dess innehåll särskiljer aktiviteterna som är hänförliga till skapandet respektive anskaffningen, granskningen och presentationen.¹⁶⁷

¹⁶¹ *Derclaye & Husovec* (2022), s. 1 f.

¹⁶² Mål C-338/02, mål C-46/02 och mål C-444/02.

¹⁶³ *Derclaye* (2008), s. 95.

¹⁶⁴ *Axhamn* (2016), s. 245.

¹⁶⁵ *Verhoef, Kooge & Walk* (2016), s. 127 ff.

¹⁶⁶ *Axhamn* (2016), s. 287.

¹⁶⁷ Se t.ex. *Derclaye* (2008), s. 109 och *Davison* (2003), s. 89.

Därutöver krävs att databasproducenten säkerställer att databasinnehållet inte tillgängliggjorts på något annat sätt än antingen direkt eller indirekt ur den upprättade databasen.¹⁶⁸ Databasproducenten av en sådan s.k. *sole source-databas* åtnjuter därigenom även ett indirekt skydd för databasinnehållet och inte enbart för databasen som sådan. Detta gäller även om databasinnehållet tillgängliggjorts för allmänheten, eftersom allt förfogande över innehållet fortfarande sker direkt eller indirekt ur databasen.¹⁶⁹

Redan under förhandlingarna om databasdirektivet uppmärksammades risken för uppkomsten av indirekta informationsmonopol. På samma sätt som sui generis-rätten, avsåg även rätten att förbjuda otillbörliga utdrag och/eller återanvändningar innehållet i en databas utan att innebära någon rättighet till innehållet *i sig*. Som ett sätt att balansera databasproducentens intressen begränsades rätten att förbjuda utdrag och/eller återanvändningar av en tvångslicensbestämmelse till de fall där databasinnehållet inte var allmänt tillgängligt.

Tvångslicensbestämmelsen, som föreskrevs i det slutliga utkastets artikel 8.1, tog således sikte på de fall som avsåg sådana *sole source-databaser*.¹⁷⁰ Vid antagandet av den gemensamma ståndpunkten uteslöts dock denna. Skälet var att det ansågs lämpligare att istället bl.a. begränsa förbuds-rätten till ”hela eller väsentliga delar” för att därigenom skapa en tillräcklig balans mellan databasproducentens och användarnas rättigheter.

Den potentiella konkurrensproblematiken som därvidlag kunde uppstå ansågs kunna lösas inom ramen för konkurrensrätten genom tillämpningen av bestämmelser om missbruk av dominerande ställning, varför skäl 47 infördes i anslutning därtill.¹⁷¹ Av skäl 47 följer att sui generis-skyddet, i syfte att främja konkurrensen mellan leverantörer av produkter och tjänster på informationsmarknaden, inte får utövas på ett sätt som skulle underlätta ett missbruk av en dominerande ställning.¹⁷² Detta gäller särskilt utvecklingen och spridningen av nya produkter och tjänster med ett intellektuellt dokumentärt, tekniskt, ekonomiska eller kommersiellt mervärde. Databasdirektivet ska således inte påverka tillämpningen av såväl EU-rättsliga som nationella konkurrensregler.

I samband med införandet av skäl 47, infördes även en hänvisning till denna konkurrensproblematik i databasdirektivets artikel 16.3, den s.k. granskningsklausulen.¹⁷³ Det slutliga utkastet till databasdirektivet kom emellertid inte att innehålla någon särskild bestämmelse om sui generis-rättens tillämpning på element som inte är allmänt tillgängliga. Istället skulle eventuella konkurrensproblem lösas genom tillämpningen av de konkurrensrättsliga bestämmelserna med vilka förstods särskilt artikel 102 FEUF.

¹⁶⁸ Se t.ex. Axhamn i NIR 2009 s. 160, Axhamn (2006), s. 65 ff., Axhamn i Lov&Data nr 89 (april 2007), s. 28 f., Axhamn i Lov&Data nr 96 (december 2008), s. 28 f. och Beunen (2007), s. 273.

¹⁶⁹ Axhamn (2016), s. 288.

¹⁷⁰ Skäl 31 i det slutliga utkastet. Se även skäl 32 som angav att licenser som beviljas under sådana omständigheter bör vara rättvisa och icke diskriminerande enligt villkor som skulle ske i överenskomelse med databasproducenten [min översättning]. Jfr dock skäl 33.

¹⁷¹ Gemensam ståndpunkt, p. 14.

¹⁷² Levin (2019), s. 26.

¹⁷³ Gemensam ståndpunkt, p. 14.

Som ovan nämnt beträffande interna datakällor, kan det diskuteras hur sui generis-skyddet ska tillämpas på data och andra element som härrör från källor som inte är allmänt tillgängliga. EU-domstolen har i *Apis-Hristovich*-avgörandet konstaterat att detta, under vissa förutsättningar, kan få betydelse för bedömningen om en väsentlig investering har gjorts vid anskaffningen av dessa element. I sitt avgörande anför EU-domstolen bl.a. följande:

[D]en omständigheten att producenten av den enligt sui generis-rätten skyddade databas från vilken utdrag eller återanvändning av vissa element påstås ha gjorts hade anskaffat vissa av dessa element från en källa som inte är fritt tillgänglig för allmänheten, [kan] allt efter storleken på de mänskliga, tekniska och/eller ekonomiska insatser som nämnda producent har gjort vid anskaffningen av nämnda element från sådana källor vara av betydelse vid bedömningen av om en väsentlig investering har gjorts vid ”anskaffningen” av dessa element, i den mening som avses i artikel 7.1 i direktiv 96/9, och därmed påverka den eventuella kvalificeringen av nämnda element såsom en kvalitativt sett väsentlig del av innehållet i den berörda databasen.¹⁷⁴

EU-domstolen kan därmed anses ge uttryck för att risken att sui generis-rätten utsträcks till att även omfatta ett skydd för databasinnehållet i sig motverkas av att sui generis-skyddet inte avser skapandet av innehållet, utan enbart tar sikte på att skydda investeringar i att anskaffa, granska och presentera detta innehåll.¹⁷⁵ EU-domstolen utesluter emellertid inte att sui generis-skyddet kan tillämpas på databaser, vars innehåll består av data och andra element som härrör från källor som inte är allmänt tillgängliga.

Det resonemang, såsom EU-domstolen formulerat sig i detta avgörande, kan snarare anses bekräfta bedömningen att sui generis-skyddet kan åtnjutas för en databas som består av icke allmänt tillgängliga element, och att bedömningen om huruvida ett utdrag och/eller återanvändningar av en sådan databas utgör ett intrång inte påverkas av att det just är fråga om ett icke allmänt tillgängligt databasinnehåll.¹⁷⁶ EU-domstolen kan därigenom anses ge stöd åt de konkurrensproblem som har diskuterats i doktrinen beträffande sole source-databaser.¹⁷⁷ Dessa verkar EU-domstolen också vara medveten om när det uttalas att det av skäl 47 framgår att sui generis-skyddet inte får utövas på ett sätt som underlättar missbruk av en dominerande ställning.¹⁷⁸

2.4 Sui generis-rätten som konkurrensrättsligt skydd

Av det hittills sagda, förstås att sui generis-rätten under vissa förutsättningar kan utsträcka sig till att ge ett indirekt skydd även för databasinnehållet. Detta gäller särskilt i frågan om sole source-databaser. Genom att skydda väsentliga investeringar i anskaffning, granskning och/eller presentation av innehållet i databasen kan det konstateras att det är den bakomliggande (väsentliga) investeringen som

¹⁷⁴ Mål C-545/07 p. 68.

¹⁷⁵ Axhamn (2016), s. 290.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Se t.ex. Derclaye i IIC 2005 s. 12 ff. och Axhamn (2016), s. 288 ff.

¹⁷⁸ Mål C-304/07 p. 55 f. Jfr dock GA:s yttrande i mål C-46/02 p. 109, C-444/02 p. 115, mål C-338/02 p. 90 och mål C-203/02 p. 94.

sui generis-rätten ämnar att skydda. Föremålet för sui generis-skyddet är databasproducentens rätt att förbjuda utdrag och/eller återanvändningar av kvalitativa och kvantitativa delar av databasinnehållet.¹⁷⁹

Med anledning av att sui generis-skyddet uppkommer genom den väsentliga investeringen och har som föremål att förhindra olovliga förfoganden av detta innehåll, är det en kännetecknande frågeställning för konkurrensrätten och särskilt otillbörlig konkurrens.¹⁸⁰ Enligt *Karnell* ligger det nära till hands att betrakta sui generis-skyddet som en generalklausul mot illojal konkurrens, där dess innehåll följer av vad som konkurrensrättsligt är otillbörligt eller annars otillfredsställande.¹⁸¹ På så sätt utgör sui generis-rätten en närstående (immateriell) rättighet, men utformad som ett konkurrensrättsligt skydd.¹⁸² Det är sannolikt mot denna bakgrund som *Levin* anfört att en sådan investeringsberoende rättighet såsom sui generis-skyddet torde ha utformats som ett skydd mot illojal konkurrens snarare än en ensamrätt.¹⁸³

Ett underliggande resonemang synes vara att sui generis-skyddets föremål har ansetts ge uttryck för ett förbud mot att andra otillbörligen utnyttjar databasens innehåll i syfte att upprätta en ny, konkurrerande databas. Att syftet med utdraget och/eller återanvändningen av databasinnehållet kan beaktas följer naturligtvis av sui generis-skyddets utformning, och även investeringsbegreppet som sådant, men förbudet är mer extensivt än så. Denna rätt tar sikte på att förbjuda alla förfoganden som undergräver den väsentliga investeringen, vilket inte nödvändigtvis är avgränsat till enbart sådana förfoganden som görs i syfte att upprätta en konkurrerande databas. Förfoganden i syfte att exempelvis utveckla sin egen produkt eller tjänst genom databasproducentens databasinnehåll, inte minst om dessa erbjuds på databasproducentens befintliga marknad, men även potentiella marknader, inryms också.

Som ovan framkommit, innebär sui generis-rätten ett investeringsskydd och ger databasproducenten en rätt att förbjuda olovliga förfoganden över innehållet i databasen. Detta har angetts som ett av skälen till konkurrensproblematiken beträffande sole source-databaser. Om den som gör den väsentliga investeringen i att anskaffa, granska och presentera databasinnehållet även är den som skapar innehållet uppstår risken för ett indirekt informationsmonopol. För digitala tjänster och centrala plattformstjänster, såsom definierade i DMA, är detta särskilt vanligt förekommande. Detta informationsmonopol kännetecknar många av de grindvakter som kommer att omfattas av DMA.

Informationsmonopolet verkar vara en följd av att grindvakterna har en dubbel roll genom att dels tillhandahålla plattformen som företagsanvändare erbjuder sina produkter och tjänster till slutanvändare, dels konkurrera med dessa företagsanvändare för samma slutanvändare. En konsekvens av detta är att dessa

¹⁷⁹ Axhamn i NIR 2009 s. 158.

¹⁸⁰ Jfr skäl 6 i databasdirektivet och se Domeij (2016), s. 242.

¹⁸¹ Karnell i NIR 1972 s. 257.

¹⁸² Domeij (2016), s. 242, Mattsson i Ny Juridik 3:94 s. 21 och Levin (2019), s. 25.

¹⁸³ Levin i NIR 2003 s. 329.

grindvakter åtnjuter ett s.k. *plattform privilege*.¹⁸⁴ Plattform privilege avser en plattformens förmåga att gynna sina egna produkter och tjänster framför konkurrenternas, som är företagsanvändarna i termer av DMA, vilka är beroende av plattformen. Företagsanvändarnas beroendeställning till plattformen blir särskilt påtaglig när plattformen är en grindvakt och företagsanvändarnas huvudsakliga sätt att få nya slutanvändare och bli upptäckt på.

Grindvaktens missbruk av dominerande ställning har genom åren varit föremål för olika prövningar i EU-domstolen och Kommissionen inom ramen för konkurrensrätten. Gemensamt för samtliga verkar vara att det rör en eller flera grindvakter och att missbruket antingen direkt eller indirekt har möjliggjorts genom användningen av data. Det har exempelvis avsett data om en konkurrents produkt eller tjänst,¹⁸⁵ data om slutanvändares sökningar på en sökmotor,¹⁸⁶ och data om en såväl företags- som slutanvändares aktivitet på diverse sociala medier.¹⁸⁷ DMA syftar således till att reglera dessa grindvakter genom att föreskriva vissa särskilda förbud och skyldigheter vad gäller bl.a. användningen av data.¹⁸⁸

De olika begränsningarna i grindvaktens möjligheter att såväl nyttja som behålla sin data förväntas leda till en främjad konkurrens på den inre marknaden genom att motverka sitt informationsmonopol. DMA tar således sikte på att reglera de ekonomiska obalanserna, grindvaktarnas otillbörliga beteenden och dess negativa konsekvenser, som har uppstått till följd av deras inflytande på och kontroll över de digitala marknaderna samt tillträdet till dessa.

¹⁸⁴ Se t.ex. Hullbard, S., “The case for why Big Tech is violating antitrust laws”, CNN Business Perspectives, publicerad 2019-01-02, <https://edition.cnn.com/> (hämtad 2023-05-05).

¹⁸⁵ Sammanfattning av Kommissionens beslut av den 20 december 2022 angående ärende AT.40462 (Amazon Marketplace), publicerad 9 mars 2023, C(2022) 9442 final.

¹⁸⁶ Mål T-612/17 av den 10 november 2021.

¹⁸⁷ Kommissionens pressmeddelande av den 19 december 2022 angående ärende AT.40684, <https://ec.europa.eu/> (hämtad 2023-05-05).

¹⁸⁸ Se även mål T-604/18 av den 14 september 2022 och T-19/21 av den 14 oktober 2021.

3 Digital Markets Act

3.1 Vägen till DMA som en ex ante-reglering

Som ovan framkommit, har det genom åren konstaterats flera fall där grindvakter har missbrukat sin dominerande ställning enligt framför allt artikel 102 FEUF. Begreppet *grindvakt* är dock omdiskuterat. Ett företag ska betecknas som en grindvakt enligt artikel 3.1 DMA om det har en betydande inverkan på den inre marknaden, det tillhandahåller en central plattformstjänst som är en viktig ingång för företagsanvändare för att nå ut till slutanvändare, och det har en fast förankrad och varaktig ställning i sin verksamhet. Dessa kumulativa krav förutsätts vara uppfyllda om företaget uppnår vissa i artikel 3.2 angivna tröskelvärden om omsättning och antalet aktiva användare.

Ett företag kan emellertid fortfarande anses ha en betydande inverkan, fungera som en viktig ingång för företagsanvändare för att nå slutanvändare och ha en fast förankrad och varaktig ställning i sin verksamhet, utan att uppnå dessa kvantitativa värden. En företagsanvändare definieras i artikel 2.21 DMA som en fysisk eller juridisk person som affärs- eller yrkesmässigt använder dessa plattformar i syfte att eller i samband med att tillhandahålla produkter och/eller tjänster till slutanvändare. En slutanvändare anges i artikel 2.20 DMA vara en fysisk eller juridisk person som använder plattformen på annat sätt än som en företagsanvändare och är på så vis negativt definierat.

På så sätt förstås att de kvantitativa tröskelvärdena enbart utgör indikatorer på vad en grindvakt typiskt sett uppnår.¹⁸⁹ Av skäl 24 följer att det vid bedömningen av om ett företag ska betecknas som en grindvakt, och som inte uppnår dessa tröskelvärden, ska det särskilt beaktas huruvida ett sådant företag väsentligen skulle kunna undergräva plattformarnas öppenheten för konkurrens. Mot denna bakgrund, framstår begreppet grindvakt inte nödvändigtvis förutsätta att företaget också anses ha en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Detta anges uttryckligen i skäl 5 DMA, men torde även följa av utformningen av artikel 3.

Den traditionella konkurrensrätten, särskilt artikel 102 FEUF, är en s.k. *ex post-reglering*. Det innebär att tillsynen sker *i efterhand*. På så sätt inträder artikel 102 FEUF efter att det konkurrensbegränsade beteendet har konstaterats och redan resulterat i en negativ effekt i konkurrensrättslig mening, dvs. först när ett

¹⁸⁹ Se skälen 17–23 DMA.

marknadsmisslyckande fastställts.¹⁹⁰ Detta, i kombination med det begränsade tillämpningsområdet till att enbart innefatta vissa fall av marknadsstyrka och de i tiden utdragna utredningar som krävs, har inte ansetts utgöra en ändamålsenlig eller i vart fall en otillfredsställande ordning för att möta de nya utmaningarna som grindvakterna på de digitala marknaderna medfört.¹⁹¹

I anledning av den nu anförda ineffektiviteten hos den nuvarande ordningen har DMA istället utformats som en s.k. *ex ante*-reglering. Därigenom sker tillsynen *i förhand*. Detta är ett av särdragen för sektorspecifika regleringar, dvs. att ett ingripande sker redan innan ett marknadsmisslyckande konstateras.¹⁹² Detta innebär också att inget beteende behöver ha resulterat i en de facto skada i konkurrenshänseende för att tillsynen ska ske.

De förbud och skyldigheter som åläggs en grindvakt enligt artiklar 5 och 6 DMA kan sägas vara en kodifiering av såväl pågående som avslutade konkurrensrättsliga utredningar och beslut.¹⁹³ På så sätt är vissa konkurrensbegränsade beteenden som genom åren har identifierats att redan på förhand vara otillåtna och därmed förbjudna. Detta gäller särskilt datadelningsskyldigheten i artikel 6.10 DMA, som påminner om exempelvis *Magill-avgörandet* och *Microsoft-målet*,¹⁹⁴ som handlade om ett företags vägran att dela viss data till en konkurrent. Av detta följer att en vägran att dela data (under vissa omständigheter) kan bedömas vara ett missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF.¹⁹⁵

Sammantaget kan det, något förenklat, konstateras att förbuden och skyldigheterna i artiklarna 5 och 6 DMA kodifierar rättsläget kring vad som tidigare har ansetts utgöra ett missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Till skillnad från artikel 102 FEUF, tar DMA inte enbart sikte på företagen som har en dominerande ställning mot bakgrund av grindvaksdefinitionen i artikel 3 DMA. Det får dock anses sannolikt att de företag som bedömts ha en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF kommer att omfattas av grindvaksbegreppet i DMA. Detta innebär samtidigt att en grindvakt enligt DMA inte nödvändigtvis bedöms ha en dominerande ställning.

I förslaget till DMA framhålls att de två övergripande syftena med DMA är att skapa rättvisa och öppna digitala marknader, vilka är målsättningar som är ämnade att komplettera det traditionella konkurrensrättsliga regelverkets ändamål. Detta anförs särskilt i skäl 10 i DMA. De rättsliga skyddsintressen som DMA bygger på skiljer sig emellertid inte, i vart fall i någon väsentlig mån, från de intressen som konkurrensrätten avser att skydda.¹⁹⁶ Detta synsätt förstärks

¹⁹⁰ Pettersson i ERT 2022 s. 535 och Lundqvist i JAE 2022 s. 11.

¹⁹¹ Skäl 5 DMA. Se särskilt Arik i NIR 2021 s. 443 f. och 453 f. och Lundqvist i JAE 2022 s. 10.

¹⁹² Pettersson i ERT 2022 s. 535 och Lundqvist i JAE 2022 s. 4.

¹⁹³ Arik i NIR 2021 s. 466.

¹⁹⁴ Förenade målen C-241/91 och C-242/91 (*Magill*) och T-201/04 (*Microsoft*).

¹⁹⁵ Jfr Cabral et al (2021), s. 20.

¹⁹⁶ Se för ett liknande resonemang t.ex. Colangelo, G., ”The DMA and Antitrust: A Liaison Dangereuse”, *Truth on the Market*, publicerad 23 mars 2022, <https://truthonthemarket.com/> (hämtad 2023-05-05); Komninos, A., ”The DMA Proposal and the Court of Justice: All eyes on Luxembourg”, *Kluwer Competition Law Blog*, publicerad 3 maj 2021, <https://competitionlaw.blog.kluwercompetitionlaw.com/> (hämtad 2023-05-05), samt Katsifis, D., ”Ne bis in idem and the

ytterligare av att 15 av de totalt 22 förbuden och skyldigheterna i artiklarna 5 och 6 DMA bygger på såväl pågående som avslutade utredningar och beslut.¹⁹⁷

Utgångspunkten är således att artikel 6.10 DMA ska tolkas utifrån de ändamålen som konkurrensrätten i allmänhet bygger på. De marknadsmisslyckanden som en grindvakts beteenden kan vålla får konsekvenser för såväl konkurrenter som konsumenter. Dessa kan komma till uttryck i form av en försämrad effektivitet, högre priser, sämre kvalitet, färre urval och en hämmad innovation.¹⁹⁸

3.2 Konkurrensrättens grunder

3.2.1 Ekonomisk effektivitet

Det får anses stå helt klart att digitala tjänster och centrala plattformstjänster har fått en allt mer betydelsefull roll på den inre marknaden och den digitala ekonomin. Genom att möjliggöra för företag att nå användare såväl inom som utom EU, underlätta gränsöverskridande handel och skapa nya affärsmöjligheter för många företag inom EU, har dessa tjänster bidragit till en (ekonomiskt) effektiv inre marknad.¹⁹⁹ Denna (främst) ekonomiska effektivitet är en av konkurrensrättens ändamål och har sin grund i artikel 3 FEU. Därigenom får principen om en öppen marknadsekonomi, kännetecknad av en fri konkurrens som främjar en effektiv resursfördelning, sin centrala betydelse för konkurrensrätten.²⁰⁰

Den inre marknaden innefattar en ordning som säkerställer att konkurrensen inte snedvrids eller begränsas. För detta ändamål har exempelvis artikel 102 FEUF införts som förbjuder missbruk av ett företags dominerande ställning, som ett led i att upprätthålla den inre marknaden.²⁰¹ De konkurrensrättsliga regelverken avser att skydda och upprätthålla konkurrensen som sådan och inte enskilda företag. På så sätt förstås att det ligger i konkurrensens natur att vissa mindre effektiva företag inte kommer att få en (i vart fall varaktig) ställning på marknaden.²⁰² Den bakomliggande ekonomiska målsättningen med konkurrensrätten tar således sikte på att skapa en inre marknad med fri konkurrens och fri rörlighet. Genom att sträva efter en effektiv resursfördelning, vilket i allt väsentligt är ett ekonomiskt begrepp, mellan företagen på marknaden antyds att konkurrensrättsliga bestämmelser är ämnade att motverka en ineffektiv resursfördelning och förhindra bildandet av monopol, karteller eller ensidiga missbruk av ett företags dominerande ställning.²⁰³

DMA: the CJEU's judgements in *bpost* and *Nordzucker – Part II*”, *The Platform Law Blog*, publicerad 28 mars 2022, <https://theplatformlaw.blog/> (hämtad 2023-05-05).

¹⁹⁷ Pettersson i ERT 2022 s. 537.

¹⁹⁸ Arik i NIR 2021 s. 445.

¹⁹⁹ Skäl 1 DMA.

²⁰⁰ Henriksson (2013), s. 26. Se även Cabral et al (2021), s. 20.

²⁰¹ Gustafsson & Westin (2016), s. 13.

²⁰² A.a., s. 13 f.

²⁰³ Henriksson (2013), s. 27.

Ett exempel på sådana resurser är data. Genom att främja åtkomsten till och användningen av data säkerställs också en effektiv fördelning av datauppgifternas värde bland marknadsaktörerna. Kommissionen har bl.a. anfört att en bättre balans i fördelningen av data som resurs kan stimulera en hållbar digital ekonomi inom EU, inte minst som ett led i att förverkliga de stora ekonomiska fördelarna i effektivitet som data medför.²⁰⁴ Genom att i bl.a. artikel 6.10 DMA ålägga grindvakter en skyldighet att bereda åtkomst till och säkerställa användning av data till en företagsanvändare som genererats av dennes eller sina slutanvändares användning av den centrala plattformstjänsten, uppnås den ekonomiska effektiviteten som konkurrensrätten ämnar att tillgodose.

3.2.2 Det konsumenträttsliga perspektivet

En typiskt egenskap för en grindvakt anges vara förmågan att koppla samman företagsanvändare med slutanvändare, som oftast är konsumenter.²⁰⁵ På så sätt synes det konsumenträttsliga perspektivet vara framträdande vad gäller ändamålen med DMA. Detta förstärks ytterligare, och möjligen särskilt, av att det anförs att förbuden och skyldigheterna i enlighet med DMA är ”till förmån för konsument[na] i unionen”²⁰⁶ och ”ytterst [till förmån för unionens] konsumenter”.²⁰⁷

Ett av syftena med reglerna i DMA anförs i skäl 4 vara att motverka potentiella negativa effekter på ”priser, kvalitet, rättvis konkurrens, urval och innovation”. I skäl 25 framhålls att det ska eftersträvas att innovationen och kvaliteten på produkterna och tjänsterna, rättvisa och konkurrenskraftiga priser, och en hög nivå på kvaliteten eller urvalet för bl.a. slutanvändare, bevaras och främjas. Detta står väl i överenskommelse med konkurrensrättens övergripande syfte, som är att upprätthålla en effektiv konkurrens på marknaden till förmån för konsumenter genom lägre priser, större urval och bättre kvalitet på produkterna och tjänsterna genom att främja innovationen.²⁰⁸

Att konsumentperspektivet har en så pass central roll inom konkurrensrätten konstaterade även Kroes, som i ett pressmeddelande angående Kommissionens riktlinjer om missbruk av dominerande ställning anförde följande:

It will ensure that the Commission's intervention is effective, and should leave dominant undertakings in no doubt that they will find the Commission in their way wherever their conduct risks increasing prices, limiting consumer choice or dissuading innovation [min kursivering]. Clear rules protecting consumers and promoting innovation are all the more important in times of economic difficulty such as these.²⁰⁹

Att det konsumenträttsliga perspektivet har fått denna betydelse är dock inte oproblematisk. Detta gäller särskilt när fokus har lagts på lägre priser. Skälet till

²⁰⁴ Förslag till Data Act, s. 20 och skäl 6.

²⁰⁵ Skäl 4 DMA.

²⁰⁶ Skäl 1 DMA.

²⁰⁷ Skäl 8 DMA.

²⁰⁸ Se Gustafsson & Westin (2016), s. 13 och Henriksson (2013), s. 34 f.

²⁰⁹ Kommissionens pressmeddelande av den 3 december 2008, "Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings", <https://ec.europa.eu/> (hämtad 2023-05-05).

det är att det har identifierats och rapporterats om missbruk av grindvaktens dominerande ställning bestående i att priset på en produkt har sänkts oskäligt mycket i syfte att utkonkurrera andra konkurrenter som inte kan stå emot dessa prissänkningar, för att därefter öka priset till en högre nivå än tidigare.²¹⁰ Detta s.k. *price fixing-beteende* har bl.a. använts som ett sätt att tvinga konkurrenter att erbjuda sina produkter och tjänster på grindvaktens centrala plattformstjänst och därmed snedvridit konkurrensen.²¹¹ Mot denna bakgrund, särskilt gällande data-delning, bör ett mer framträdande ändamål istället vara innovation och urval.

3.2.3 Datadriven innovation och urval

Som ovan framkommit, är det inte lämpligt att betrakta lägre priser som ett verktyg att mäta det konsumenträttsliga skyddsintresset. Istället torde innovation och urval, dvs. konsumentens s.k. *diversity of choice*, stå i fokus.²¹² Genom att främja innovation i allmänhet och datadriven innovation i synnerhet kan företag öka sin produkt- och tjänsteinnovation. Därigenom ökas också konsumentens urval av produkter och tjänster, eftersom innovationen möjliggör företag att inte enbart utveckla sina egna produkter och/eller tjänster utan även utveckla nya sådana. Ett övergripande syfte med konkurrensrätten är följaktligen att förhindra otillbörliga beteenden på marknaden som skadar konsumenterna, s.k. *consumer harm*.²¹³

Skyddsintresset att främja innovationen, särskilt i bemärkelsen produkt- och tjänsteinnovation, är således nära sammankopplat med det konsumenträttsliga perspektivet. Det betyder emellertid inte nödvändigtvis att innovationsintresset inte är självständigt i förhållande till konsumenten. Innovation som skyddsintresse är tvåfaldigt: å ena sidan tar det sikte på att tillgodose konsumenternas behov genom att erbjuda ett brett urval, och å andra sidan tar det sikte på företagens ekonomiska intresse av att vara innovativa och därigenom få avkastning för sina investeringar i produkt- och/eller tjänstutvecklingen. Genom att få åtkomst till och använda data kan företagsanvändare i större utsträckning förnya och förbättra sina produkter och tjänster.

Detta följer av exempelvis skäl 32 DMA, som anger att en bristande öppenhet för konkurrens på de digitala marknaderna minskar relevanta marknadsaktörers incitament ”att förnya och förbättra produkterna och tjänsterna, och får därmed en negativ inverkan på innovationspotentialen” i den digitala ekonomin. På så sätt synes det främsta skyddsintresset, som legat till grund för bl.a. datadelnings-skyldigheten i artikel 6.10, vara företagets innovation, som i sin tur förväntas leda till ett större urval för slutanvändarna (konsumenterna). Sambandet mellan innovation och urval anges dels i skäl 57 DMA, dels artikel 12.5(a) DMA.

²¹⁰ Se t.ex. Cain, S., ”Amazon.com and ”Big Five” publishers accused of ebook price-fixing”, The Guardian, publicerad 15 januari 2021, <https://www.theguardian.com/> (hämtad 2023-05-05).

²¹¹ Se t.ex. Hubbard, S., i Kaziukénas, J., ”Amazon Is a Monopoly, an Interview With Sally Hubbard”, Marketplace Pulse, publicerad 6 augusti 2019, <https://www.marketplacepulse.com/> (hämtad 2023-05-05).

²¹² Meyers (2022), s. 5 f.

²¹³ Se t.ex. Nazzini (2011), s. 259 och Motta & Peitz (2020), s. 2 ff.

Artikel 12.5(a) DMA anger att en metod ska anses begränsa en central plattformstjänsts öppenhet eller vara otillbörlig om den tillämpas av en grindvakt och kan hämma innovationen och begränsa utbudet för såväl företags- som slutanvändare, eftersom den exempelvis hindrar andra aktörer från att få samma tillgång som grindvakten till en viktig insatsvara (artikel 12.5(a)(ii)). Ett exempel på en viktig insatsvara i den digitala ekonomin anges vara data.²¹⁴ I skäl 57 anförts att en grindvaks dubbla roll, under vissa förutsättningar, kan ha en betydande skadlig inverkan ”på innovationen [...] och på slutanvändares urval”.

Denna datadelningsskyldighet föreskrivs i artikel 6.10 och kompletteras av artikel 6.2 DMA. Något förenklat kan det sägas att en grindvakt dels ska dela denna data till företagsanvändaren, dels inte får använda densamma om det sker i konkurrens med företagsanvändaren. Det är på så sätt två sidor av samma mynt.²¹⁵

3.3 Särskilt om datadelningsskyldigheten i artikel 6.10

I artikel 6.10 DMA föreskrivs en datadelningsskyldighet för grindvakterna, som lyder enligt följande:

Grindvakten ska på begäran och kostnadsfritt ge företagsanvändare [...] effektiv, högkvalitativ, kontinuerlig tillgång i realtid till, och möjlighet att använda, aggregerade och icke-aggregerade data, inbegripet personuppgifter, som tillhandahålls eller genereras i samband med användningen av de relevanta centrala plattformstjänsterna eller tjänster som tillhandahålls tillsammans med, eller till stöd för, de relevanta centrala plattformstjänsterna av dessa företagsanvändare och de slutanvändare som tar i anspråk i de produkter eller tjänster som dessa företagsanvändare tillhandahåller.²¹⁶

På första anblick kan det konstateras att denna skyldighet är omfattande sett till sin utformning och omfång. Bestämmelsen reglerar inte bara vilken data som ska delas, utan även på vilket sätt detta ska ske samt vilka villkor som ska gälla. Det kan inledningsvis konstateras att detta är en skyldighet för grindvakten, eftersom grindvakten *ska* ge företagsanvändare viss data. En förutsättning för detta är att företagsanvändaren har lämnat en *begäran* om att få ta del av all relevant data, vilket innebär att grindvakten inte ska dela datan på eget initiativ. Detta ska även ske *kostnadsfritt*, dvs. grindvakten får inte uppbära någon ersättning för det arbete som krävs för att uppfylla denna skyldighet.

Vad som närmare ska förstås med ”effektiv” är att det avser själva tillhandahållandet av datan. I skäl 60 DMA anförts att grindvakten bör säkerställa en ”effektiv tillgång” till sådan data för en företagsanvändare. I skäl 59 anges att det ska ges ”effektiv och omedelbar tillgång till [datan]” och att datan ”bör tas emot i ett format som omedelbart och effektivt kan nås och användas”. Gemensamt för dessa uttryck är att tillgången ska vara effektiv. På så sätt antyds att effektiviteten avser själva *tillhandahållandet* av datan.

²¹⁴ Se skäl 3 DMA.

²¹⁵ Lundqvist i IIC 2021 s. 240.

²¹⁶ Det ska i detta sammanhang påpekas att skyldigheterna som fastställs i artikel 6 (och artikel 5) kan kompletteras av kommissionen genom delegerade akter, som ska grundas på en marknadsundersökning enligt artikel 19 DMA. Detta följer av artikel 12 DMA.

Detta torde innebära att begreppet effektiv tar sikte på de tekniska åtgärderna som grindvakt vidtar i syfte att uppfylla sin skyldighet. En grindvakt får exempelvis inte på teknisk väg förhindra en företagsanvändare från att på ett effektivt sätt kunna tillgodogöra sig den datan som denne därmed bereds tillgång till. Detta synes vara det som åsyftas i preambelbestämmelserna, vilket också stämmer väl överens med den språkliga innebörden av begreppet *effektiv*. Samtidigt finns det goda skäl till att se till begreppets kontext. Givet kontexten torde effektivitetsbegreppet tolkas som att en grindvakt ska säkerställa att företagsanvändaren på ett effektivt sätt *kan* tillgodogöra sig datan i bemärkelsen att företagsanvändaren har en reell möjlighet att faktiskt använda sig av datan.

Vad gäller begreppet *högkvalitativ* ska det inledningsvis göras en åtskillnad mellan å ena sidan *högkvalitativ* och, å andra sidan, *hög kvalitet*. I skäl 59 DMA anförts att en grindvakt genom lämpliga tekniska åtgärder av hög kvalitet bör säkerställa att data kan porteras kontinuerligt och i realtid. Detsamma anförts i skäl 60 DMA, där det även anges att det exempelvis kan avse inrättandet av programmeringsgränssnitt. På så sätt antyds på vilket sätt en företagsanvändare kan beredas tillgång till och möjligheten att använda sig av datan. Till skillnad från begreppet effektiv, avser begreppet *högkvalitativ* datan *i sig*. Detta torde följa av begreppets språkliga innebörd och utifrån en kontextuell tolkning, men särskilt av ändamålen med datadelningsskyldigheten och DMA. Om datan *i sig* inte är högkvalitativ försvårar det möjligheterna för en företagsanvändare att överhuvudtaget kunna tillgodogöra sig värdet av datan, vilket är ett utflöde av företagsanvändaren praktiska möjlighet att använda datan.²¹⁷ Begreppet får därmed anses ta sikte på datans kvalitet *i sig*, inte minst som ett led i att säkerställa att uppgifternas användbarhet *i sig* inte avsevärt försämras.²¹⁸

I syfte att säkerställa uppgifternas användbarhet torde även tillhörande metadata, dvs. kontexten i vilken datan ingår, omfattas av datadelningsskyldigheten. Givet ändamålen med DMA i allmänhet och artikel 6.10 i synnerhet, framstår det som något meningslöst för en företagsanvändare att enbart få tillgång till datan. Skälet till detta är framför allt att det krävs kvalitativ och användbar data för att förnya och utveckla produkter och tjänster. Utan kontexten, dvs. linsen som datan ska förstås utifrån, saknar datan *i princip* värde och något ekonomiskt, kommersiellt eller annat värde blir svårt att skapa av företagsanvändaren. Enligt *Domeij* framstår det som oklart huruvida, och i sådant fall i vilken grad, kvalificeringen ”högkvalitativ” verkligen ger företagsanvändaren den kontext och kvalitet som krävs för att innovera.²¹⁹ Sådan metadata torde emellertid inte omfattas av datadelningsskyldigheten, eftersom denna inte genereras av varken företagsanvändarens eller dess slutanvändares användning av plattformen.

En grindvakt ska därutöver säkerställa en *kontinuerlig tillgång i realtid* till datan. Detta kan exempelvis ske genom upprättandet av en realtidsdatabas, som har till

²¹⁷ Detta gäller under förutsättning att det inte är fråga om personuppgifter, eftersom det under vissa förutsättningar kan krävas att dessa anonymiseras eller pseudonymiseras enligt GDPR.

²¹⁸ *Domeij* i NIR 2021 s. 432. Se även En EU-strategi för data av den 19 februari 2020 (COM(2020) 66 final), s 6, som anger att ”Värdet av data ligger i deras användning och vidareutnyttjande”. Jfr skäl 61 DMA.

²¹⁹ *Domeij* i NIR 2021 s. 440.

syfte att tillhandahålla korrekt och tillförlitlig information vid varje tidpunkt. Beroynde på syftet med databasen kan innehållet behöva uppdateras mer frekvent, men detta är i stor utsträckning även avhängigt vilket innehåll som databasen består av. Är det exempelvis en e-handelsplattform, där transaktioner sker varje dag kan databasen behöva uppdateras på daglig basis. Detsamma gäller om det är fråga om en sökmotor eller sociala medier.

Avslutningsvis, ska det diskuteras vilken data som en företagsanvändare har rätt att få tillgång till och använda. Begreppet *data* definieras i artikel 2.24 DMA:

[som] varje digital återgivning av handlingar, fakta eller information och varje sammanställning av sådana handlingar, fakta eller information, även i form av ljudupptagningar, bildupptagningar eller audiovisuella upptagningar.

På så sätt har begreppet fått en vidsträckt innebörd, vilket också får till följd att det i många fall även blir fråga om personuppgifter. Därmed aktualiseras även GDPR, som i sin tur har en vidsträckt definition av personuppgiftsbegreppet.²²⁰ Några begränsningar i vilken data det kan vara fråga om synes inte framkomma, och det verkar inte heller ha varit avsikten, givet ändamålen med DMA.

Därutöver omfattas såväl aggregerad som icke-aggregerad data, vilket knyter an till att det är datan *i sig* som är fokus för datadelningsskyldigheten och inte i vilken form eller nivå datan genereras i eller förekommer på. Det innebär att all data, oaktat om denna sammanställts på aggregerad nivå eller inte, ska delas till företagsanvändaren. Den enda begränsningen som verkar föreskrivas är att datan ska vara hänförlig till företagsanvändaren eller dess slutanvändare. Därigenom ska enbart den datan, som tillhandahålls eller genereras i samband med företagsanvändarens användning av grindvaktens centrala plattformstjänst och de slutanvändare som tar i anspråk i de produkter och/eller tjänster som dessa företagsanvändare tillhandahåller. Med andra ord, ska all data som en företagsanvändare eller dennes slutanvändare genererar genom sin användning av grindvaktens plattformstjänst ges till företagsanvändaren.²²¹

Ett av skälen till detta är att en företagsanvändare har ett direkt intresse av att få åtkomst till och använda datan som dennes slutanvändare genererar, exempelvis när denne klickar sig in, söker på eller köper företagsanvändarens produkter och/eller tjänster. På så sätt kan det aktuella företaget öka sin innovation i allmänhet, och produkt- och/eller tjänsteinnovation i synnerhet, för att därigenom bättre tillgodose sina slutanvändares behov, men även stärka sin ställning på marknaden. Därutöver får företaget bättre möjligheter att konkurrera med grindvakterna, vilket på lång sikt leder till ett ökat urval för såväl företag som

²²⁰ Detta anges även uttryckligen i artikel 6.10. En personuppgift definieras i artikel 4.1 GDPR som ”varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person [...] varvid en identifierbar fysisk person är en person som direkt eller indirekt kan identifieras särskilt med hänvisning till en identifierare [...] eller en eller flera faktorer som är specifika för den fysiska personens fysiska, fysiologiska, genetiska, psykiska, ekonomiska, kulturella eller sociala identitet”.

²²¹ Se Domeij i NIR 2021 s. 437, som noterar att artikel 6.10 inte ger företagsanvändaren en rätt att få tillgång till andra företagsanvändares eller deras slutanvändares data. På så vis kan grindvaktens kombinera data från de olika företagsanvändarna. Detta gäller dock under förutsättning att datan genererats på samma plattform om det är fråga om personuppgifter; jfr artikel 5.2(b) DMA.

konsumenter.²²² Ett problem som uppstår är när denna data enbart genereras på den centrala plattformstjänsten.

Eftersom denna data inte är allmänt tillgänglig kan företagsanvändaren inte samla in denna data på egen hand, utan behöver få tillgång till den genom grindvakten, har det skapats en beroendeställning i förhållande till grindvakterna. Denna beroendeställning har förstärkts särskilt av att grindvaktens centrala plattformstjänst är det huvudsakliga sättet som företagsanvändaren upptäcks på och får nya slutanvändare. Vad som därutöver har identifierats och rapporterats om, vilket även framkommit ovan, är att grindvakter har använt sig av denna data i ett konkurrerande syfte. Därför föreskrivs även ett förbud för grindvakterna att i konkurrerande syfte använda denna data enligt artikel 6.2 DMA.

3.4 Något kort om artikel 6.2 DMA

Artikel 6.2 DMA föreskriver ett förbud för grindvakten att i konkurrerande syfte använda viss data och lyder som följande:

Grindvakten får inte, i konkurrens med företagsanvändare, använda data som inte är allmänt tillgängliga och som genereras eller tillhandahålls av dessa företagsanvändare i samband med deras användning av de relevanta centrala plattformstjänsterna eller av de tjänster som tillhandahålls tillsammans med eller till stöd för de relevanta centrala plattformstjänsterna, inbegripet data som genereras eller tillhandahålls av dessa företagsanvändares kunder.

Förbudet anger uttryckligen vilken data som avses, nämligen den data som genereras eller tillhandahålls av en företagsanvändare eller dennes slutanvändares användning av den centrala plattformstjänsten. På så sätt tar detta förbud, i likhet med artikel 6.10, sikte på data som inte är allmänt tillgänglig. Detta förtydligas i artikelns andra stycke, som därutöver anger att det exempelvis kan röra sig om klick-, sök-, visnings och röstdata, som genererats i samband med användarnas användning av plattformstjänsten.

På så sätt synes den enda skillnaden mellan artiklarna 6.2 och 6.10, i vart fall på en principiell nivå, vara att den förstnämnda förbjuder grindvaktens användning av denna data, medan den sistnämnda ålägger grindvakten en skyldighet att dela densamma. Förhållandet mellan dessa bestämmelser förstås således vara att de är två sidor av samma mynt, där båda är till för att skydda företagsanvändarna och den inre marknaden i bred mening. Artikel 6.2 DMA tar sikte på att reglera grindvakten i egenskap av *konkurrent*, medan artikel 6.10 DMA avser att ålägga grindvakten som *tillhandahållare* av en central plattformstjänst en skyldighet att dela viss data till dess företagsanvändare. Detta knyter an till konkurrensrättens och DMA:s övergripande syfte och ändamål, inte minst att främja innovationen och öka konsumenternas urval.

Ett underliggande resonemang till artikel 6.2 är grindvaktens plattform privilegie, som möjliggjorts genom dennes dubbla roll.²²³ Detta anförs i skäl 46 DMA, som förklarar den dubbla rollen som att en grindvakt (under vissa

²²² Cabral et al (2021), s. 20.

²²³ Se avsnitt 2.4.

omständigheter) tillhandahåller den centrala plattformstjänsten till en företagsanvändare samtidigt som den konkurrerar eller avser att konkurrera med samma företagsanvändare om tillhandahållandet av samma eller liknande produkter och/eller tjänster till samma slutanvändare.

Grindvaktens kan därigenom utnyttja sin dubbla roll och använda den datan, som genereras eller tillhandahålls av företagsanvändare eller slutanvändare i samband med deras användning av den centrala plattformstjänsten, för de produkter och/eller tjänster som grindvaktens själv erbjuder eller annars tillhandahåller marknaden. Det är sannolikt mot denna bakgrund som behovet av artikel 6.2 ansetts föreligga. Artikel 6.2 har således som primärt syfte att förhindra otillbörlig konkurrens mellan grindvaktens och företagsanvändaren, medan artikel 6.10 snarare avser att främja innovationen och urvalet.

Dessa ändamål är grundläggande för att upprätthålla en effektiv inre marknad. Samtidigt innebär artiklarna 6.2 och 6.10 omfattande begränsningar av grindvaktens användning av data, men även en skyldighet att dela densamma till företagsanvändare kostnadsfritt och på dennes begäran. För att en grindvakt ska kunna uppfylla dessa skyldigheter krävs dels att företagsanvändaren får kontinuerlig tillgång i realtid till denna data, dels att grindvaktens egna förfoganden och användning av denna data i konkurrerande syfte förbjuds. Denna data är emellertid ofta sammanställd i en databas enligt databasdefinitionen i artikel 1 databasdirektivet.

På så vis tillkommer en sui generis-rätt för grindvaktens databas, under förutsättning att det har skett en väsentlig investering i anskaffning, granskning och/eller presentation av innehållet i databasen i enlighet med artikel 7 databasdirektivet. Mot bakgrund av grindvaktens informationsmonopol och förekomsten av sole source-databaser har det även uppstått ett indirekt skydd för denna data, vilket förstärks ytterligare av datan inte är allmänt tillgänglig. Frågan blir således hur grindvaktens datadelningsskyldighet såsom föreskriven i artikel 6.10 DMA förhåller sig till sui generis-skyddet i artikel 7 databasdirektivet.

4 Skyddet för data i ljuset av Digital Markets Act

4.1 Rätten att förbjuda utdrag och återanvändningar

Som ovan framkommit,²²⁴ innebär sui generis-skyddet i artikel 7.1 databasdirektivet en rätt för databasproducenten att förbjuda utdrag och/eller återanvändningar av hela eller en kvalitativt eller kvantitativa sett väsentlig del av databasinnehållet. Utgångspunkten är således att enbart förfoganden över hela eller kvalitativt eller kvantitativt väsentliga delar som kan få en negativ inverkan på den väsentliga investeringen, som omfattas av skyddet.

Vad som närmare ska förstås med kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig del framgår inte av varken direktivtexten eller skälen.²²⁵ EU-domstolen har ansett att begreppet kvantitativt avser antalet utdragna och/eller återanvända uppgifter från databasen och bedöms sålunda i förhållande till databasens totala mängd uppgifter. Den väsentliga investeringen som krävts för upprättandet av databasen motsvarar att investeringen som krävts för den utdragna och/eller återanvända delen är proportionellt sett lika väsentlig.

Begreppet kvalitativt tar sikte på storleken på den investeringen, som avser något av investeringsföremålen, i föremålet för förfogandet. Därigenom förstås att en del av en databas anses vara kvalitativt väsentlig om den delen i sig har krävt (relevanta) väsentliga investeringar. Begreppen kvantitativt och kvalitativt är nära sammankopplade med väsentlighetskravet, som är en grundläggande förutsättning för sui generis-skyddet. Väsentlighetsbegreppet är såväl relativt som absolut på så sätt att det finns en inbyggd de minimis-aspekt, som i sin tur knyter an till definitionen av en databasproducent.²²⁶

Av det hittills sagda följer att datadelningsskyldigheten i artikel 6.10 DMA kan anses utgöra ett sådant utdrag och/eller återanvändning i den mening som avses i databasdirektivet. Beroende på grindvaktens databas kan datan som delas utgöra en såväl kvantitativt som kvalitativt sett väsentlig del. Om all data skulle ingå, dvs. sammanställas på ett systematiskt och metodiskt vis, i samma databas är det fråga om ett utdrag och/eller en återanvändning av hela databasen. En grundläggande förutsättning för detta är emellertid att databasinnehållet enbart består av data om den aktuella företagsanvändaren (och dess slutanvändare) som begär den med stöd av artikel 6.10 DMA.

Det kan emellertid förhålla sig annorlunda om databasen ifråga består av data om samtliga företagsanvändare och slutanvändare. På så sätt behöver dessa

²²⁴ Se avsnitt 2.3.1.

²²⁵ Se avsnitt 2.3.2

²²⁶ Se avsnitten 2.1.2–2.1.3.

förfoganden inte nödvändigtvis betraktas som kvantitativt eller kvalitativt sett väsentliga delar av databasen. Skälet till detta är att den delen som förfogandet, sett till antal uppgifter, avser ska ställas i förhållande till databasen som helhet. Detta synsätt medför att kvantitetsbedömning blir avhängig företagsanvändaren som begär utdraget ur grindvaktens databas. Beroende på mängden data som företagsanvändaren och dess slutanvändare genererar på grindvaktens centrala plattformstjänst kan dessa komma att utgöra en så pass stor del av det totala databasinnehållet att utdraget kan bedömas som kvantitativt sett väsentlig.

Till skillnad från kvantitetsbedömning tar kvalitetsbedömning sikte på den investering som lagts ner i förhållandet mellan den förfogande delen och databasen som sådan. Om det således har gjorts väsentliga investeringar för att anskaffa, granska eller presentera den delen som förfogandet avser och dessa står i proportion till varandra, kan utdraget bedömas avse en kvalitativt sett väsentlig del. På så sätt blir även denna bedömning i stor utsträckning, dock inte i samma utsträckning som kvantitetsbedömningen, beroende av företagsanvändarens och dess slutanvändares genererade data.

Om datan exempelvis genererats i ostrukturerad form kan det krävas en väsentlig investering av grindvakten att presentera detta innehåll i databasen. På liknande sätt kan det krävas en väsentlig investering i granskning i dessa fall, inte minst då databasen behöver uppdateras på daglig basis, och att grindvakten därmed behöver säkerställa uppgifternas korrekthet och tillförlitlighet. Det senare gäller särskilt realtidsdatabaser. Av artikel 6.10 DMA följer nämligen att en företagsanvändare ska beredas effektiv och kontinuerlig i realtid tillgång till datan. Under förutsättning att investeringen också är tillräckligt väsentlig kan utdraget även bedömas utgöra en kvalitativt sett väsentlig del.

Med det sagt, kan datan som en grindvakt åläggs en skyldighet att dela till en företagsanvändare med stöd av artikel 6.10 DMA anses utgöra en kvalitativt och/eller kvantitativt sett väsentlig del av databasen. Därigenom uppkommer en rätt för grindvakten att förbjuda sådana förfoganden och denne kan således, med stöd av sui generis-rätten enligt artikel 7.1 databasdirektivet, att vägra en sådan delning. Detta gäller särskilt mot bakgrund av att ändamålet med DMA i allmänhet och artikel 6.10 DMA i synnerhet är att ge företagsanvändare bättre möjligheter att konkurrera med grindvakterna.

Sui generis-skyddets föremål har ansetts ge uttryck för ett förbud mot att en användare utnyttjar databasinnehållet i syfte att upprätta en ny, konkurrerande databas.²²⁷ Förbudet är emellertid mer omfattande än så och även andra syften med ett förfogande kan bedömas som otillbörligt. Detta är fallet när databasinnehållet används för att exempelvis utveckla en konkurrerande produkt och/eller tjänst som tillhandahålls antingen på databasproducentens befintliga marknad eller potentiella marknader. På så sätt förstås att varken artikel 7.1 eller 7.5 uppställer något krav på att användaren ska ha haft ett visst syfte med förfogandet.

Sammanfattningsvis, kan det konstateras att datadelningsskyldigheten i artikel 6.10 DMA utgör ett utdrag och/eller återanvändning av grindvaktens databas. Beroende på hur omfattande den upprättade databasen kan den förfogade delen

²²⁷ Se avsnitt 2.4.

anses utgöra en kvantitativt sett väsentlig del. Den delen kan emellertid även anses utgöra en kvalitativt sett väsentlig del, om investeringarna som grindvaktan lagt ner för upprättandet av databasen står i proportion till den förfogade delen.

Om den delen som förfogandet avser inte anses vara kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig kan förfogandet fortfarande omfattas av den särskilda förbudsrätten enligt artikel 7.5 i databasdirektivet. Detta gäller under förutsättning att det är fråga om återkommande och systematiska förfoganden av databasinnehållet som strider mot normalt bruk av databasen eller som på ett oskäligt vis gör intrång på databasproducentens legitima intresse.

Det avgörande för bedömningen om huruvida förfogandena är återkommande och systematiska är den effekt som förfogandet ifråga kan ge upphov till. Med andra ord avses utdrag och/eller återanvändningar, som genom sin kumulativa verkan, kan få en negativ effekt på databasproducentens (väsentliga) investering. EU-domstolen har således inte gjort någon åtskillnad på förfoganden som är i strid med normalt bruk eller som innebär ett oskäligt intrång. Istället har det hänvisats till förfoganden som undergräver databasproducentens väsentliga investering. Som stöd för detta anfördes dels skäl 42, som anger att syftet med artikel 7.5 är att förhindra förfoganden som är till men för investeringen, dels skäl 48, som anför att syftet med sui generis-skyddet är att säkerställa att databasproducenten uppbär ersättning för förfoganden över sitt databasinnehåll.²²⁸

4.2 Undergrävandet av den väsentliga investeringen

Som framkommit ovan, tar sui generis-rätten sikte på att skydda databasproducenten mot förfoganden över databasinnehållet som undergräver den väsentliga investeringen. Om databasinnehållet är allmänt tillgängligt är det praktiskt möjligt för någon annan att anskaffa, granska och/eller presentera samma innehåll i en ny, konkurrerande databas. Detta synsätt underbyggs ytterligare av EU-domstolens åtskillnad mellan å ena sidan väsentliga investeringar i anskaffning, granskning och presentation av innehållet och å andra sidan investeringar i skapandet av detta innehåll.

Eftersom sui generis-skyddets föremål är själva investeringen som sådan ligger det i sakens natur att rättigheten enbart sträcker sig till de databasproducenter som har gjort en kvantitets- eller kvalitetsmässigt sett väsentlig investering. Om en väsentlig investering inte har krävts för att upprätta databasen framstår sui generis-skyddet som överflödigt, eftersom det i sådana fall inte är investeringen i databasinnehållet som ger konkurrens fördelen. På så sätt tjänar sui generis-skyddet indirekt som ett skydd för den konkurrens fördel som medföljer upprättandet av databasen och den förväntade avkastningen.²²⁹

Ett bakomliggande resonemang, som knyter an till väsentlighetskravet och sui generis-skyddets föremål, är att en väsentlig investering ger uttryck för en viss ekonomisk risk som databasproducenten tagit vid upprättandet av databasen.

²²⁸ Se avsnitt 2.3.1

²²⁹ Se avsnitt 2.1.2.

Fastän någon artikel i databasdirektivet inte definierar databasproducent, följer det av skäl 41 att databasproducenten är den som tar initiativet till och tar på sig risken att utföra de relevanta investeringarna. Detta torde särskilt följa av investeringsbegreppet, eftersom en investering förutsätter ett element av risk i bemärkelsen att databasproducenten tar risken att investeringen inte ger någon framtida avkastning. Av det hittills sagda framstår det som föga förvånande att sui generis-rätten i själva verket betraktas som ett konkurrensrättsligt skydd, snarare än en närstående (immateriell) ensamrätt.²³⁰

Som redan anförts,²³¹ kännetecknas en grindvakt bl.a. av deras dubbla roll. Detta anges även i skäl 46 DMA, som förklarar att den dubbla rollen som att en grindvakt tillhandahåller den centrala plattformstjänsten till företagsanvändare samtidigt som den konkurrerar med samma företagsanvändare om tillhandahållandet av samma eller liknande produkter och/eller tjänster till samma slutanvändare. Detta är sannolikt bakgrunden till artikel 6.2 DMA. Förbudet om att använda sådan icke allmänt tillgänglig data det är fråga om i konkurrerande syfte i artikel 6.2 DMA får även betydelse för artikel 6.10 DMA.

Genom att dels förbjuda grindvakten från att använda datan i konkurrerande syfte, dels ålägga grindvakten en skyldighet att dela samma data till företagsanvändaren, regleras grindvaktens användning av sin data. På så sätt utsätts grindvakten, i sin egenskap av databasproducent enligt databasdirektivet, för omfattande begränsningar i sin användning av den upprättade databasen. Därigenom begränsas inte enbart grindvaktens rätt att förbjuda otillbörliga förfoganden över databasinnehållet,²³² utan därutöver sker ett intrång i det konkurrensrättsliga skyddet som sui generis-rätten ämnar att skydda.

En första konsekvens av detta blir att grindvakten förlorar sin konkurrensfördel, som medföljer upprättandet av databasen. Det innebär också att eventuella väsentliga investeringar i anskaffning, granskning och/eller presentation av innehållet i databasen framstår som meningslösa, eftersom en företagsanvändare helt kostnadsfritt ska beredas en effektiv tillgång till detta innehåll. Det faktum att ändamålet med DMA i allmänhet och artikel 6.10 i synnerhet syftar till att underlätta för företagsanvändare att direkt konkurrera med grindvakten innebär att eventuella konkurrensfördelar som tillfallit grindvakten går helt förlorade.

En andra konsekvens till följd av artikel 6.10 DMA, som även antyds i det nu anförda, är att den väsentliga investeringen undergrävs. Det främsta skälet till detta är att företagsanvändare *helt kostnadsfritt* ska få tillgång till databasinnehållet. I skäl 48 databasdirektivet anges att syftet med sui generis-skyddet är att ”garantera att databasproducenten uppbär ersättning” för utnyttjanden av sin databas. Detta förstärks ytterligare av att det redan av investeringsbegreppet torde följa att databasproducenten gör en väsentlig investering i form av mänskliga, ekonomiska (finansiella) och/eller tekniska tillgångar eller resurser med syftet att erhålla framtida avkastning.

²³⁰ Se avsnitt 2.1 och särskilt 2.1.2–2.1.3. Se även avsnitt 2.4.

²³¹ Se avsnitt 3.3.

²³² Se avsnitt 4.1.

En tredje följd, i anledning av investeringsbegreppet, är att grindvaktens möjlighet att få framtida avkastning för sina investeringar i allt väsentligt förhindras. Detta gäller inte enbart i förhållande till artikel 6.2, som uttryckligen förbjuder en grindvakt från att använda datan i syfte att utveckla produkter och/eller tjänster som en företagsanvändare redan tillhandahåller på den centrala plattformstjänsten, utan även i förhållande till artikel 6.10. Skälet till det är att investeringsbegreppet inrymmer grindvaktens möjlighet att få avkastning genom att antingen utveckla sina egna produkter och/eller tjänster eller innovera nya produkter och/eller tjänster på såväl den befintliga marknaden som potentiella marknader. Denna möjlighet kan väsentligen begränsas genom att en företagsanvändare, med hjälp av den upprättade databasens innehåll, kan göra detsamma.²³³

Sammantaget kan det konstateras att datadelningsskyldigheten i artikel 6.10 DMA, oaktat om den utdragna och/eller återanvända delen är kvalitativt eller kvantitativt sett väsentlig eller icke väsentlig, kan strida mot grindvaktens särskilda förbuds rätt enligt såväl artikel 7.1 som 7.5 i databasdirektivet. Genom att en företagsanvändare bereds en effektiv och kontinuerlig i realtid tillgång till datan, helt kostnadsfritt, undergrävs den väsentliga investeringen som grindvakten har gjort för upprättandet av databasen i sin egenskap av databasproducent.

Därutöver begränsas grindvaktens möjligheter att erhålla framtida avkastning för sina investeringar, vilket kan få till följd av den konkurrens fördel som databasproducenten därigenom har fått kan gå förlorad. Den praktiska innebörden av detta blir att sui generis-rätten som ett konkurrensrättsligt skydd urholkas. På lång sikt kan investeringsviljan för att upprätta databaser, dvs. datalagrings- och databehandlingssystem, hämmas, tvärtemot den avsedda funktionen med databasdirektivet i allmänhet och sui generis-skyddet i synnerhet. Samtidigt får en närstående (immateriell) rättighet inte utövas på ett sätt som underlättar missbruk av en dominerande ställning, inte minst mot bakgrund av konkurrensrättens övergripande syften och sin förankring till artikel 3 FEU och den inre marknaden.

4.3 Underlättandet av missbruk av dominerande ställning

Som redan framhållits,²³⁴ tar sui generis-rätten sikte på att skydda databasproducenten mot förfoganden som undergräver den väsentliga investeringen och inte innehållet i sig. Fastän syftet med sui generis-skyddet inte har varit att sträcka till att även omfatta databasinnehållet som sådant, har en sådan risk ansetts föreligga redan vid förhandlingarna om databasdirektivet. Genom att databasproducenten upprättar en sole source-databas, dvs. att databasproducenten gör investeringar i anskaffning, granskning och/eller presentation och skapar själva innehållet, kan ett indirekt informationsmonopol uppstå. Detta gäller särskilt då databasinnehållet inte är allmänt tillgängligt och på så sätt uppkommer även ett indirekt skydd för databasinnehållet i sig.

²³³ Se avsnitt 2.1 och 2.3 samt 3.1 och 3.3.

²³⁴ Se avsnitt 2.3.

Som ett sätt att balansera databasproducentens intressen begränsades förbudsrätten av tvångslicensbestämmelse till de fall där databasinnehållet inte var allmänt tillgängligt. Denna bestämmelse uteslöts dock från den antagna direktivtexten och istället begränsades förbudsrätten i artikel 7.1 till att enbart omfatta ”hela eller väsentliga delar”. Den konkurrensproblematik som därvidlag kunde uppstå ansågs kunna hanteras genom tillämpningen av artikel 102 FEUF. Detta är även bakgrunden till skäl 47 i direktivet, som anger att sui generis-rätten inte får utövas på ett sätt som underlättar ett missbruk av en dominerande ställning.

Det ska inledningsvis framhållas att tvångslicensbestämmelsen i princip bestod i en skyldighet för en databasproducent att inte förhindra en användare från att förfoga över databasinnehållet i de fallen uppgifterna inte var allmänt tillgängliga. På första anblick liknar denna tvångslicensbestämmelse i allt väsentlig den datadelningsskyldighet som föreskrivs i artikel 6.10 DMA. Den kritik och de skäl som framfördes i anslutning till tvångslicensbestämmelsen gör sig gällande även beträffande en datadelningsskyldighet som det nu är fråga om.

Genom databasdirektivets hänvisning till ”missbruk av dominerande ställning” förstås att det, möjligen uteslutande, avses artikel 102 FEUF. På så sätt förstås att skäl 47 i direktivet inte nödvändigtvis tar höjd för DMA, vilket medför utifrån ordalydelsen i skäl 47 att DMA inte kan begränsa sui generis-rättens tillämpning. Det främsta skälet till detta är att begränsningen förutsätter dels att databasproducenten har en dominerande ställning, dels utövar sui generis-rätten på ett sätt som innebär ett missbruk av denna ställning. Ett underliggande resonemang, som följer av den direkta hänvisningen till artikel 102 FEUF, är följaktligen att ett missbruk av en dominerande ställningen måste fastställas. Detta kan emellertid enbart ske ex post, eftersom fastställandet av en skada i konkurrenshänseende är en grundläggande förutsättning för artikel 102 FEUF.

Det uppstår därmed svårigheter i att förstå vilken bäring DMA får för tillämpningen av sui generis-skyddet. Som redan konstaterats,²³⁵ är många av förbuden och skyldigheterna i artiklar 5 och 6 DMA i stor utsträckning förankrade i pågående och avslutade utredningar och beslut inom ramen för artikel 102 FEUF. Därigenom antyds att de beteenden som ansetts utgöra missbruk enligt artikel 102 FEUF sedermera har kodifierats i DMA. En väsentlig skillnad är emellertid att beteendena i de fallen de facto ansågs utgöra ett missbruk av en dominerande ställning och en skada i konkurrenshänseende hade fastställts utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Vidare, som framkommit i anslutning därtill, innebär grindvaksdefinitionen i artikel 3 DMA inte nödvändigtvis att en grindvakt dessutom bedöms inneha en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Detta gäller särskilt, eftersom det anges uttryckligen i skäl 5 DMA och torde följa av sättet artikel 3 är utformat. Därutöver, som ytterligare stöd för detta, ska det understrykas att det av skäl 10 och 11 samt artikel 1.6 DMA följer att DMA är tilltänkt att komplettera och sålunda inte att ersätta eller annars påverka tillämpningen av artikel 102 FEUF. Skälet till detta är att DMA har ett annat syfte än den traditionella konkurrensrätten, även om viss överlappning föreligger regelverken emellan.

²³⁵ Se avsnitt 3.1.

Samtidigt, som redan framhållits, bygger DMA i stort sett på utredningar och beslut inom ramen för artikel 102 FEUF. Därutöver skiljer sig de rättsliga skyddsintressen, som förbuden och skyldigheterna i artiklar 5 och 6 DMA bygger på, inte i någon väsentlig mån från de skyddsintressen som artikel 102 FEUF och den traditionella konkurrensrätten ämnar att realisera. Detta gäller inte minst artikel 6.10 DMA, som är tilltänkt att dels främja en ekonomisk effektivitet hos företagsanvändarna genom att ge dem bättre möjligheter att konkurrera med en grindvakt, dels främja utvecklandet och förnyandet av produkter och/eller tjänster genom en datadriven innovation och därtill öka urvalet för slutanvändarna. Dessa ändamål är knappast främmande för den traditionella konkurrensrätten.

Av det nu sagda förstås att DMA, under vissa förutsättningar, kan reglera missbruk av en dominerande ställning om exempelvis grindvakten ifråga även har en dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. Det väsentliga för sui generis-skyddets tillämpning, eller snarare icke tillämpning, vid missbruk av dominerande ställning är emellertid att en skada i konkurrenshänseende har fastställts. Det underliggande resonemanget i skäl 47 synes vara att det krävs ett konstaterade av ett marknadsmisslyckande och skada i konkurrensrättslig mening för att sui generis-rätten inte ska äga tillämpning i det enskilda fallet. Annorlunda uttryckt fordrar skäl 47 en ex post skadebedömning.

Som ovan framkommit är DMA en ex ante-reglering, vilket innebär dels att tillsynen i form av förbuden och skyldigheterna i artiklar 5 och 6 sker på förhand, dels att en skada i konkurrenshänseende redan anses föreligga om en grindvakt strider mot artiklarna i DMA. På så sätt tar DMA sin utgångspunkt i redan fastställda missbruk och det finns således inget utrymme för en in casu-bedömning. Följden av detta blir att ett missbruk av en dominerande ställning redan genom grindvaktens beteende i strid med DMA anses föreligga och därmed får sui generis-rätten inte utövas. Det nu sagda innebär att sui generis-skyddet kan riskera att urholkas redan genom DMA:s utformning som en ex ante-reglering.

4.4 DMA som verktyg att främja datadriven innovation

Av sui generis-skyddets investeringsbegrepp följer att den väsentliga investeringen för såväl upprättandet av databasen som skapandet av databasinnehållet har nedlagts i syfte att erhålla framtida avkastning. Vidare, som redan anförts, avser förbuds-rätten att databasproducenten uppbär ersättning för eventuella förfoganden över sin databas och dess innehåll. Därigenom förstås att det finns en stark kopplingen mellan sui generis-rätten i egenskap av en närstående (immateriell) rättighet och behovet av att bevara incitament för ex ante investeringar och belöna dessa investeringar. Detta gäller inte minst investeringar i upprättandet av databaser och skapandet av dess innehåll, men även att investera i att förnya och utveckla produkter och/eller tjänster.

Det främsta skälet till detta är att databaser är nödvändiga för att lagra och behandla bl.a. data. Detta blir särskilt viktigt i den digitala eran, som kännetecknas av big data, IoT och AI i framkant. För att kunna behandla dessa stora datamängder som ständigt genereras, inte minst som en följd av IoT, kräver AI-verktyg

integrerade med databaserna. Detta står även väl i överensstämmelse med det övrigripande syftet med sui generis-rätten, som är att främja investeringar i datalagrings- och databehandlingsfunktioner. Genom att urholka det enda skyddet för databaser som finns framstår det som kontraproduktivt. Det rimmar även dåligt med ändamålen som såväl den traditionella konkurrensrätten som DMA är tilltänkta att realisera.

Utifrån ett långsiktigt socialt välfärdsperspektiv, som anges i artikel 3 FEU och som framhålls som ett av de grundläggande ändamålen med konkurrensrätten, bör en datadelningsskyldighet utformas med stor försiktighet. Ett av skälen är att en alltför omfattande skyldighet kan ha en negativ inverkan på den långsiktiga ex ante-investeringsviljan för såväl grindvakten som företagsanvändarna. Att ålägga grindvakten en sådan omfattande skyldighet att dela produkten av sina investeringar med sina konkurrenter fordrar en avvägning mellan å ena sidan intresset av att maximera ex post social välfärd och innovation och, å andra sidan, bevara optimala ex ante incitament att investera. Rättigheter till egendom i allmänhet och immateriella rättigheter i synnerhet, har som funktion att skapa incitament för företag att investera i bl.a. nya produkter, tjänster och teknologier.

Om de konkurrensfördelar som erhålls genom den väsentliga investeringen måste delas med företagsanvändarna och andra konkurrenter begränsas grindvaktens möjligheter att utforma sin affärsstrategi på ett sätt som denne anser lämpligt för att få framtida avkastning för sina investeringar. En konsekvens av detta kan den förväntade framtida avkastningen på den väsentliga investeringen och i förlängningen investeringsincitamenten reduceras avsevärt.

En annan aspekt av detta är att investeringsincitamenten påverkas negativt av att företagsanvändarna och andra konkurrenter ges en rätt att tillgodogöra sig den väsentliga investeringen som krävts för upprättandet av databasen utan att själva ha gjort någon investering i densamma. Som ovan anförts, torde det redan av investeringsbegreppet följa att en investering förutsätter en viss (ekonomisk) risk att investeringen inte ger någon avkastning. Detta är särskilt kopplat till begreppet databasproducent, som definierats som den som tar initiativet och tar på sig risken att utföra investeringen.

Om resultatet av den väsentliga investeringen i upprättandet av databasen, vilken skyddas redan genom sui generis-rätten, ska delas med företagsanvändarna skulle incitamenten för dessa att själva investera i datalagrings- och databehandlingssystem väsentligen minska. Skälet till detta är att företagsanvändarna kan invänta grindvaktens investeringar i dessa för att därefter tillgodogöra sig fördelarna som investeringen medför. Detta gäller särskilt med stöd av artikel 6.10 DMA, som ger företagsanvändarna en långtgående rätt att få tillgång till databasinnehållet redan genom det faktum att företagsanvändaren använder grindvaktens centrala plattformstjänst. På så vis förstås att grindvakten inte längre skulle ha några ex ante incitament att investera i databaser.

Samtidigt har det identifierats flera fall där en grindvakt utövat sina rättigheter på ett sätt som underlättat ett missbruk av sin dominerande ställning. Risken för detta, inte minst beträffande sui generis-skyddet, uppmärksammades redan under förhandlingarna av databasdirektivet och är bakgrunden till skäl 47. Detta har dock avsett förfaranden inom ramen för artikel 102 FEUF, som av flera skäl inte

ansetts vara ett effektivt eller ändamålsenligt verktyg för att komma åt vissa be-
teenden. Det är också bakgrunden till artikel 6.10, men även artikel 6.2 DMA.

Kontrollen som en grindvakt har över databasen och dess innehåll, särskilt i
de fallen det är resultatet av en väsentlig investering och således åtnjuter sui ge-
neris-skyddet, kan ge grindvakten möjligheter och incitament att exkludera kon-
kurrenter från marknaden. Detta medför negativa effekter inte enbart för en kort-
siktig ex post social välfärd utan även för långsiktiga ex ante incitament att inve-
stera. Ett företag som har en dominerande ställning och därmed skyddas från att
bli konkurrensutsatt kan sakna incitament att agera på ett effektivt sätt och göra
ytterligare investeringar för att öka den sociala välfärden.

Genom konkurrensrättens och den inre marknads förankring i artikel 3
FEU framkommer att konkurrensutsatta marknader och företag är till förmån
för konsumenterna och den sociala välfärden. På så sätt förstås att den tradition-
ella konkurrensrättens, och inte minst DMA:s, avsedda funktion är att bidra till
öppna och rättvisa digitala marknader i syfte att främja ekonomisk effektivitet
och innovation till förmån för konsumenterna. Detta kommer exempelvis till ut-
tryck i form av lägre priser, bättre kvalitet och ett större urval av produkter
och/eller tjänster för konsumenten att ta del av.

Konkurrerande företagsanvändare som nekas tillträde till marknaden kommer
inte att ha några incitament att investera i varken sina egna produkter och/eller
tjänster eller för att utveckla nya sådana. Genom att neka en sådan tillgång till
databasinnehållet kan det sålunda få en negativ bäring på innovationen i allmän-
het och produkt- och tjänsteinnovation i synnerhet. Följaktligen förstås att en
grindvaks uteslutande av företagsanvändare och andra konkurrenter genom att
vägra tillgång till sin data kan vara skadligt för såväl den kortsiktiga som långsik-
tiga sociala välfärden, vilket artikel 3 FEU ämnar att motverka.

Sammantaget kan det konstateras att det under vissa förutsättningar kan vara
nödvändigt för en grindvakt att dela den data i den meningen som avses i artikel
6.10 DMA. Detta gäller särskilt till följd av en grindvaks möjligheter att hindra
företagsanvändarnas tillträde till marknaden därigenom, vilket kan få negativa ef-
fekter på såväl den kortsiktiga som långsiktiga sociala välfärden, men även före-
tagsanvändarnas innovationsmöjligheter.

Därutöver är öppna och rättvisa, och framför allt konkurrensutsatta, digitala
marknader en förutsättning för att ändamålen med konkurrensrätten i allmänhet
och DMA i synnerhet, särskilt genom sin förankring i artikel 3 FEU, ska kunna
realiseras. Att vara en grindvakt och/eller att ha en dominerande ställning är inget
fel i sig, utan problemen uppstår när dessa företag missbrukar denna ställning.

Samtidigt kan en alltför långtgående datadelningsskyldighet få negativa kon-
sekvenser för ex ante incitament att investera i nya produkter, tjänster och tek-
nologier, men även i syfte att utveckla sina egna produkter och/eller tjänster.
Genom att företagsanvändare därmed ges en rätt genom artikel 6.10 DMA att
tillgodogöra sig resultaten av grindvaktens väsentliga investering vad gäller data-
baser och dess innehåll, som är skyddade av sui generis-rätten, motverkas inno-
vationen. Redan genom DMA:s ex ante-utformning kan sui generis-skyddet ur-
holkas och det saknas ex ante incitament att investering, eftersom grindvaktens
möjlighet att få framtida avkastning eller annat resultat i allt väsentligt begränsas.

5 Avslutande kommentar

Sui generis-rätten tillerkänner databasproducenten, som har gjort en väsentlig investering i anskaffning, granskning och/eller presentation av databasinnehållet, en rätt att förbjuda otillbörliga förfoganden över hela eller kvalitativt eller kvantitativt sett väsentliga delar av detta innehåll. I syfte att förhindra kringgåendet av denna huvudregel i artikel 7.1 databasdirektivet har förbuds-rätten kompletterats genom artikel 7.5, som anger en särskild förbuds-rätt för icke väsentliga delar, under förutsättning att utdragen och/eller återanvändningarna är systematiska och återkommande på ett sätt som undergräver den väsentliga investeringen.

Sui generis-rättens utformning som ett investeringsskydd i kombination med att rättighetens skyddsföremål är själva investeringen som sådan, medför att den kommit att betraktas som ett konkurrensrättsligt skydd snarare än en närstående, immateriell ensamrätt. Därigenom får sui generis-rätten en central betydelse för illojal konkurrens och konkurrensrätt i allmänhet. Detta gäller inte minst beträffande artikel 102 FEUF och särskilt DMA i förhållande till den föreskrivna data-delningsskyldigheten i artikel 6.10.

Konkurrensrätten i allmänhet och DMA i synnerhet har, genom sin förankring i artikel 3 FEU, som ändamål att upprätthålla konkurrensutsatta, öppna och rättvisa digitala marknader. Detta gäller inte minst som ett led i att säkerställa en effektiv inre marknad, som är ämnad att vara till förmån för konsumenterna. På så sätt förstås att det konsumenträttsliga perspektivet har en grundläggande betydelse. I DMA kommer detta särskilt till uttryck genom att artiklarna 6.2 och 6.10 har som funktion att främja innovationen och öka urvalet samtidigt som företagen ges bättre möjligheter att konkurrera och därigenom bli mer effektiva.

Genom att ålägga en grindvakt en långtgående datadelningsskyldighet i artikel 6.10 DMA, i kombination med användningsförbudet i artikel 6.2 DMA, begränsas grindvaktens sui generis-rätt i allt väsentligt. Detta får till följd att grindvakten i sin egenskap av databasproducent dels inte fritt kan förfoga över sitt eget databasinnehåll och således erhålla framtida avkastning och andra konkurrensfördelar i anledning av sin väsentliga investering, dels åläggs en skyldighet att dela sitt resultat av investeringen med företagsanvändarna och andra konkurrenter.

Redan i databasdirektivet anges emellertid att sui generis-rätten inte får utövas på ett sätt som underlättar ett missbruk av en dominerande ställning. Genom denna hänvisning förstås att detta undantag skrevs med artikel 102 FEUF i åtan-karna. Mot bakgrund av de väsentliga skillnaderna mellan den traditionella konkurrensrätten i form av artikel 102 FEUF och DMA, förstås att undantaget utifrån sin ordalydelse inte tar höjd för DMA. Detta gäller särskilt, eftersom DMA är utformad som en ex ante-reglering.

Europaparlamentet anger att data ”ligger i hjärtat av EU:s digitala övergång som påverkar alla aspekter av vårt samhälle och vår ekonomi”.²³⁶ Data är nödvändigt för utvecklingen av bl.a. AI, men också en förutsättning för att säkerställa öppna, rättvisa och konkurrensutsatta digitala marknader. Genom en effektiv och rättvis tillgång till och användning av data kan företag inte enbart utveckla och förnya sina egna produkter och/eller tjänster till förmån för konsumenterna, utan de kan även effektivisera sina affärsmodeller.

I anledning av att de stora datamängder som grindvakter har till förfogande, och som genereras av företags- och slutanvändarna genom sin användning av den centrala plattformstjänsten, har otillbörliga, konkurrensbegränsande beteenden identifierats. De konkurrensfördelar som en grindvakt har till följd av insamlingen och lagringen av dessa datamängder, i kombination med grindvaktens plattform privilegie och dubbla roll, har resulterat i att de har en betydande inverkan på och kontroll över tillträdet till de digitala marknaderna. Det kan medföra negativa effekter för företagsanvändarnas konkurrensmöjligheter. Den ineffektiviteten inom den digitala sektorn som dessa otillbörliga beteenden kan leda till kan avse högre priser, lägre kvalitet, ett sämre urval för konsumenterna och en minskad innovation.

Det får anses stå helt klart att det nuvarande konkurrensrättsliga regelverket, bestående i framför allt artikel 102 FEUF, inte är tillräckligt effektivt för att komma till rätta med de nya utmaningarna som följer av de digitala marknadernas särdrag och grindvakternas ställning inom och inverkan på dessa. Det är således mot denna bakgrund som DMA utformats som en ex ante- och inte en ex post-reglering, till skillnad från artikel 102 FEUF. Det har dock, som denna framställning visat, uppstått flera frågor än lösningar. Att sui generis-rätten i dessa fall utsträcker sig till att även skydda databasinnehållet i sig försvårar DMA:s praktiska genomslag ytterligare.

Som denna uppsats framhållit, fordras stor försiktighet i att ålägga en skyldighet att dela data som den det nu är fråga om i artikel 6.10 DMA. Sui generis-skyddets avsedda funktion att främja investeringar i databehandlings- och data-lagringsfunktioner synes inte ha getts det utrymme som det förtjänar. Det är förvisso av grundläggande vikt att företagsanvändare ges en effektiv tillgång till högkvalitativ data, men utan databaser som kan lagra och behandla all data framstår en datadelningsskyldighet som meningslös.

Det torde således fordras en proportionerlig avvägning mellan å ena sidan intresset av att skydda sin data genom att upprätthålla ex ante incitament att investera, och å andra sidan intresset av att främja öppna och rättvisa digitala marknader, inte minst som ett led i att säkerställa en effektiv inre marknad till förmån för unionens konsumenter och ex post social välfärd. Detta tjänar som en möjlig förklaring att Kommissionen i sitt förslag till Data Act särskilt föreskrivit i artikel 35 att sui generis-rätten inte ska tillämpas på automatgenererad data. Det återstår således att se hur frågan om sui generis-skyddets vara eller icke vara kommer att utspela sig i framtiden.

²³⁶ Europaparlamentets nyhet ”Europeisk datastrategi: Det vill Europaparlamentet”, publicerad 24 februari 2021 (uppdaterad 17 mars 2023), <https://www.europarl.europa.eu/> (hämtad 2023-05-20).

Källförteckning

Offentligt tryck

EU

- Gemensam ståndpunkt (EG) NR 20/95 antagen av rådet den 10 juli 1995 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv nr 95/.../EG om rättsligt skydd för databaser. EGT Nr C 288/14, 30 oktober 1995 [cit. Gemensam ståndpunkt].
- Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om öppna och rättvisa marknader inom den digitala sektorn (rättsakten om digitala marknader), av den 15 december 2020, COM(2020) 842 final (2020/0374 (COD)) [cit. Förslag till DMA].
- Europaparlamentets resolution av den 25 mars 2021 om en EU-strategi för data, 2020/2217(INI) (2021/C 494/04).
- Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om harmoniserade regler för skälig åtkomst till och användning av data (dataakten), av den 23 februari 2022, COM(2022) 68 final (2022/0047 (COD)) [cit. Förslag till Data Act].

Propositioner

- Prop. 1996/97:111 Rättsligt skydd för databaser, m.m.

Rättspraxis

EU-domstolen

- Mål C 26/62 NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v Netherlands Inland Revenue Administration. ECLI:EU:C:1963:1. Domstolens dom den 5 februari 1963.
- Mål 283/81 Srl CILFIT m.fl. och Lanificio di Gavardo SpA mot Ministero della sanità. ECLI:EU:C:1984:91. Domstolens dom den 29 februari 1984.
- Mål 215/88 Casa Fleischhandels-GmbH mot Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung. ECLI:EU:C:1989:331. Domstolens dom den 13 juli 1989.
- Mål C-292/89 The Queen mot Immigration Appeal Tribunal, ex parte Gustaff Desiderius Antonissen. ECLI:EU:C:1991:80. Rättsfallssamling 1991, svensk specialutgåva s. I-00055. Domstolens dom den 26 februari 1991.
- Förenade målen C-241/91 och C-242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska kommissionen. ECLI:EU:C:1995:98. Domstolens dom den 6 april 1995.
- Mål C-304/97 Fernando Carbajo Ferrero mot Europaparlamentet. ECLI:EU:C:1999:152. Domstolens dom den 18 mars 1999.
- Mål C-46/02 Fixtures Marketing Ltd mot Oy Veikkaus Ab. ECLI:EU:C:2004:694. Rättsfallssamling 2004 s. I-10365. Domstolens dom den 9 november 2004.

- Mål C-444/02 Fixtures Marketing Ltd mot Organismos prognostikon agonon podofairou AE. ECLI:EU:C:2004:697. Rättsfallssamling 2004 s. I-10549. Domstolens dom den 9 november 2004.
- Mål C-338/02 Fixtures Marketing Ltd mot Svenska Spel AB. ECLI:EU:C:2004:696. Rättsfallssamling 2004 s. I-10497. Domstolens dom den 9 november 2004.
- Mål C-203/02 The British Horseracing Board Ltd m.fl. mot William Hill Organization Ltd. ECLI:EU:C:2004:695. Rättsfallssamling 2004 s. I-10415. Domstolens dom den 9 november 2004.
- Mål C-545/07 Apis-Hristovich EOOD mot Lakorda AD. ECLI:EU:C:2009:132. Rättsfallssamling 2009 I-01627. Domstolens dom den 5 mars 2009.
- Mål C-604/10 Football Dataco Ltd m.fl. mot Yahoo! UK Ltd m.fl. ECLI:EU:C:2012:115. Domstolens dom den 1 mars 2012.
- Mål 281/12 Trento Sviluppo srl och Centrale Adriatica Soc. coop. arl mot Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. ECLI:EU:C:2013:859. Domstolens dom den 19 december 2013.
- Mål C-490/14 Freistaat Bayern mot Verlag Esterbauer GmbH. ECLI:EU:C:2015:735. Domstolens dom av den 29 oktober 2015.

Europeiska kommissionen

Summary of Commission Decision of 20 December 2022 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the EEA Agreement, Case AT.40462 – Amazon Marketplace, C(2022) 9442 final (2023/C 87/05).

Tribunalen

- Tribunalens dom av den 17 september 2007 i mål T-201/04 Microsoft mot Kommissionen, ECLI:EU:T:2007:289.
- Tribunalens beslut av den 14 oktober 2021 i mål T-19/21 Amazon.com m.fl. mot Kommissionen (2021/C 502/46).
- Tribunalens dom av den 10 november 2021 i mål T-612/17 Google och Alphabet mot Kommissionen (Google Shopping) (2022/C 24/31).
- Tribunalens dom av den 14 september 2022 i mål T-604/18 Google och Alphabet mot Kommissionen (Google Android) (2022/C 432/17).

Litteratur

- Agell, Anders, *Rationalitet och värderingar i rättsvetenskapen*, SvJT 2002 s. 243.
- Arik, Beritan, *Regulation of digital platforms: Has the time come for the second-best option?*, NIR 2021 s. 442.
- Axhamn, Johan, *Sui generis-skydd för databaser*, Mercurius, Stockholm, 2006 [cit. Axhamn (2006)].
- Axhamn, Johan, *Några förtydliganden beträffande databasskyddet*, Lov&Data nr 89 (april 2007), s. 28.
- Axhamn, Johan, *Databasdirektivet. EG-domstolen tolkar begreppet ”utdrag”*, Lov&Data nr 96 (december 2008), s. 28.
- Axhamn, Johan, *Databasrättens föremål i ljuset av nya förhandsavgöranden*, NIR 2009 s. 144.
- Axhamn, Johan, *Databasskydd*, Diss., Stockholms universitet, 2016 [cit. Axhamn (2016)].
- Bensinger, Viola, *Sui-generis Schutz für Datenbanken – Die EG-Datenbankrichtlinie vor dem Hintergrund des nordischen Rechts*, Verlag C.H. Beck, München, 1999 [cit. Bensinger (1999)].

- Bernitz, Ulf, *Gemenskapsrätten och lagförarbeten*, JT 2000–01 s. 698.
- Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt* 2, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2020 [cit. Bernitz (2020)].
- Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2022 [cit. Bernitz & Kjellgren (2022)].
- Beunen, Annemarie Christiane, *Protection for databases: the European Database Directive and its effects in the Netherlands, France and the United Kingdom*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen, 2007 [cit. Beunen (2007)].
- Cabral, Luís et al, *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2021 [cit. Cabral et al (2021)].
- Cook, Trevor, *EU intellectual property law*, Oxford University Press, Oxford, 2010 [cit. Cook (2010)].
- Davison, Mark, *The legal protection of databases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003 [cit. Davison (2003)].
- Derclaye, Estelle, *Database sui generis right: what is a substantial investment? A tentative definition*, IIC 2005 s. 2.
- Derclaye, Estelle, *The legal protection of databases: a comparative analysis*, Edward Elgar, Cheltenham, 2008 [cit. Derclaye (2008)].
- Domeij, Bengt, *Databasskydd och företagsbemligheter*, In: Gunnar Karnell, Annette Kur, Per Jonas Nordell, Daniel Westman, Johan Axhamn, Stephan Carlsson (ed.), *Liber Amicorum Jan Rosén* (pp. 241–268), Visby, 2016 [cit. Domeij (2016)].
- Domeij, Bengt, *Krav på att få nyttja andras industriella data (som inte är personuppgifter) för att kunna utveckla AI-tjänster – en översikt*, NIR 2021 s. 430.
- Gaster, Jens, *Der Rechtsschutz von Datenbanken – Kommentar zur Richtlinie 96/9/EG mit Erläuterungen zur Umsetzung in das deutsche und österreichische Recht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 1999 [cit. Gaster (1999)].
- Gilliland, Anne J., *Setting the Stage*, i *Introduction to Metadata*, Baca, Murtha (ed.), 3 uppl., Getty Publications, Los Angeles, 2016 [cit. Gilliland (2016)].
- Gustafsson, Leif & Westin, Jacob, *Konkurrensreglerna i klartext*, Wolters Kluwer, JUNO, 2016 [cit. Gustafsson & Westin (2016)].
- Harenko, Kristiina, *Nordisk databasskydd i ljuset av EG-rätten*, NIR 2005 s. 623.
- Henriksson, Lars, *Konkurrensrättsöverträdelser: Ekonomisk analys i den juridiska processen*, Norstedts Juridik, JUNO, 2013 [cit. Henriksson (2013)].
- Herr, Robin Elisabeth, *Is the sui generis right a failed experiment? A legal and theoretical exploration of how to regulate unoriginal database contents and possible suggestions for reform*, DJØF Publishing, Köpenhamn, 2008 [cit. Herr (2008)].
- Hettne, Jörgen, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), 2 uppl., Norstedt Juridik, Stockholm, 2011 [cit. Hettne (2011)].
- Hjertstedt, Mattias, *Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: om innehållet i metodavsnitt vid användning av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt*, In: Ruth Mannelqvist, Staffan Ingmanson, Carin Ulander-Wänman (ed.), *Festskrift till Örjan Edström* (pp. 165–173). Umeå: Juridiska institutionen, Umeå universitet, 2019 [cit. Hjertstedt (2019)].
- Hughenoltz, Bernt, *Abuse of database right. Sole-source information banks under the EU Database Directive, i Antitrust, patents and copyright. EU and US Perspectives*, Lévêque, François, & Shelanski, Howard (red.), Edward Elgar, Cheltenham, 2005 [cit. Hugenholtz (2005)].
- Hughenoltz, Bernt, *Database directive*, i *Concise European copyright law*, Dreier, Thomas & Hugenholtz, Bernt (red.), 2 uppl., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016 [cit. Hugenholtz (2016)].
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1.

- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i *Juridisk metodlära*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 21–46 [cit. Kleineman (2018)].
- Karnell, Gunnar, *Upphovsrättslagens katalogskydd*, NIR 1972 s. 248.
- Karnell, Gunnar, *49 § URL – en EG-rättsvidrig skvader?*, NIR 1999 s. 53.
- Karnell, Gunnar, *Europaparlamentets och rådets direktiv nr 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser – en icke-officiell nyöversättning till svenska språket, till ledning för rättsställning och rättsvetenskap*, NIR 1999 s. 209.
- Koktvedgaard, Mogens, *Europäiska begrepsjustering på ophavsrettens område*, Festskrift till Gunnar Karnell, Jure, Stockholm, 1999 [cit. Koktevedgaard (1999)].
- Leistner, Matthias, *Legal protection for the database maker – initial experience from a German point of view*, IIC 2002 s. 439.
- Levin, Marianne, *Upphovsrättens gränssytor mot det industriella rättsskyddet och konkurrensrätten*, NIR 2003 s. 325.
- Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*, 12 uppl. Norstedt Juridik, Stockholm, 2019 [cit. Levin (2019)].
- Lundqvist, Björn, *The Proposed Digital Markets Act and Access to Data: A Revolution, or Not?*, IIC 2021 s. 239.
- Lundqvist, Björn, *An access and transfer right to data – from a competition law perspective*, JAE 2022 s. 1.
- Maduro, Poiares Pessoa & Miguel, Luis, *Interpreting European Law: Judicial Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism*, European Journal of Legal Studies, 2007 [cit. Maduro & Miguel (2007)].
- Mattsson, Dag, *Upphovsrättens nyheter*, Ny Juridik 3:94 s. 6, JUNO.
- Meyers, Zach, *No pain, no gain? The Digital Markets Act*, Centre for European Reform, 2022 [cit. Meyers (2022)].
- Motta, Massimo & Peitz, Martin, *Intervention triggers and underlying theories of harm: Expert advice for the Impact Assessment of a New Competition Tool*, Expert study, Publications Office of the European Union, Luxemburg, 2020 [cit. Motta & Peitz (2020)].
- Nazzini, Renato, *The Consumer Harm Test: The Foundations of European Union Competition Law: The Objective and Principles of Article 102*, Oxford Studies in European Law, Oxford, 2011 [cit. Nazzini (2011)].
- Nordell, Per Jonas, *Marknadsrätten: en introduktion*, 8 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2020 [cit. Nordell (2020)].
- Pettersson, Daniel, *Sektorspecifik förhandsreglering av digitala marknader – ett komplement eller substitut till konkurrensrättslig tillsyn?*, ERT 2022 s. 533.
- Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i *Juridisk metodlära*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 109–142 [cit. Reichel (2018)].
- Seignette, Jacqueline, *Challenges to the creator doctrine: authorship, copyright ownership and exploitation of creative works in the Netherlands, Germany and the United States*, 1 uppl., Kluwer Law International, Deventer, 1994 [cit. Seignette (1994)].
- Verhoef, Peter C., Kooge, Edwin & Walk, Natasha, *Creating Value with Big Data Analytics: Making smarter marketing decisions*, Routledge, London and New York, 2016 [cit. Verhoef, Kooge & Walk (2016)].
- von Lewinski, Silke & Walter, Michel, *European copyright law: a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2010 [cit. von Lewinski & Walter (2010)].
- Westkamp, Guido, *Protecting databases under US and European Law – methodical approaches to the protection of investments between unfair competition and intellectual property concepts*, IIC 2003 s. 772.
- Westman, Daniel, *AI, big data och upphovsrätten*, i *Rättsinformatik – Juridiken i det digitala informationssambället*, Magnusson Sjöberg, Cecilia (red.), 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2021, s. 639–668 [cit. Westman (2021)].

- Westman, Daniel, *Den fjärde industriella revolutionen – en immaterialrättslig introduktion*, NIR 2019 s. 131.
- Öberg, Ulf, *Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten*, JT 2000–01 s. 492.

Övrigt

Internetkällor

- Cain, Sian, “Amazon.com and “Big Five” publishers accused of ebook price-fixing”, The Guardian, publicerad 15 januari 2021, <https://www.theguardian.com/books/2021/jan/15/amazoncom-and-big-five-publishers-accused-of-ebook-price-fixing> (hämtad 2023-05-05).
- Colangelo, Giuseppe, ”The DMA and Antitrust: A Liaison Dangereuse”, Truth on the Market, publicerad 23 mars 2022, <https://truthonthemarket.com/2022/03/23/the-dma-and-antitrust-a-liaison-dangereuse/> (hämtad 2023-05-05).
- Hubbard, Sally, “The case for why Big Tech is violating antitrust laws”, CNN Business Perspectives, publicerad 2019-01-02, <https://edition.cnn.com/2019/01/02/perspectives/big-tech-facebook-google-amazon-microsoft-antitrust/index.html> (hämtad 2023-05-05).
- Hubbard, Sally, i Kaziukėnas, Juozas, ”Amazon Is a Monopoly, an Interview With Sally Hubbard”, Marketplace Pulse, publicerad 6 augusti 2019, <https://www.marketplacepulse.com/articles/amazon-is-a-monopoly-an-interview-with-sally-hubbard> (hämtad 2023-05-05).
- Katsifis, Dimitrios, ”Ne bis in idem and the DMA: the CJEU’s judgements in bpost and Nordzucker – Part II”, The Platform Law Blog, publicerad 28 mars 2022, <https://theplatformlaw.blog/2022/03/29/ne-bis-in-idem-and-the-dma-the-cjeu-judgments-in-bpost-and-nordzucker-part-ii/> (hämtad 2023-05-05).
- Komninos, Assimakis, ”The DMA Proposal and the Court of Justice: All eyes on Luxembourg”, Kluwer Competition Law Blog, publicerad 3 maj 2021, <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/05/03/the-dma-proposal-and-the-court-of-justice-all-eyes-on-luxembourg/> (hämtad 2023-05-05).

Pressmeddelanden och nyheter

- Europaparlamentet, ”Europeisk datastrategi: Det vill Europaparlamentet”, publicerad 24 februari 2021 (uppdaterad 17 mars 2023), <https://www.europarl.europa.eu/news/sv/headlines/society/20210218STO98124/europeisk-data-strategi-det-vill-europaparlamentet> (hämtad 2023-05-20).
- Europeiska kommissionen, ”Antitrust: consumer welfare at heart of Commission fight against abuses by dominant undertakings”, publicerad 3 december 2008, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_08_1877, (hämtad 2023-05-05).
- Europeiska kommissionen, ”Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Meta over abusive practices benefiting Facebook Marketplace”, publicerad 19 december 2022, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_7728 (hämtad 2023-05-05).
- Europeiska kommissionen, ”Att forma EU:s digitala framtid: Kommissionen lägger fram strategier för data och artificiell intelligens”, publicerad 19 februari 2020, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/sv/ip_20_273 (hämtad 2023-05-05).