



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Fredrik Sedvall

En artificiellt intelligent inre marknad

En analys av den föreslagna AI-förordningen och dess
betydelse för säkerställandet av en väl fungerande inre
marknad för AI

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Eduardo Gill-Pedro

Termin: VT23

Innehåll

Summary.....	4
Sammanfattning.....	5
Förord.....	6
Förkortningar.....	7
1 Inledning.....	8
1.1 En intelligent omställning av den inre marknaden.....	8
1.2 Syfte och frågeställningar.....	9
1.3 Metod och perspektiv.....	10
1.3.1 Närmare om den EU-rättsliga metoden.....	10
1.3.2 Näringsidkarens frihet i fokus.....	11
1.3.3 Särskilt angående näringsfriheten.....	11
1.4 Material.....	12
1.5 Avgränsningar.....	13
1.6 Disposition.....	14
2 EU:s inre marknad.....	16
2.1 EU:s inre marknad – en översikt.....	16
2.2 Den inre marknadens rättsliga grundstruktur.....	16
2.3 Negativ och positiv integration.....	18
2.4 Kompetens och principer.....	18
2.5 En inre marknad i digital omställning.....	19
2.6 Sammanfattande kommentarer för kapitlet.....	22
3 Näringsfriheten som instrument för upprätthållandet av EU:s inre marknad.....	23
3.1 Vad är näringsfriheten?.....	23
3.2 Rättighetsstadgans roll inom EU-rätten.....	23
3.3 Inskränkningar i näringsfriheten.....	24
3.4 En friare näringsfrihet.....	26
3.5 EU-domstolens rättspraxis.....	27
3.5.1 Sky Österreich.....	27
3.5.2 Scarlet och UPC.....	28
3.5.3 Google Spain.....	29
3.5.4 Vodafone.....	29
3.5.5 Alemo-Herron.....	30
3.5.6 Aget Iraklis.....	30
3.6 Sammanfattande kommentarer för kapitlet.....	31
4 AI inom EU – vägen till en förordning.....	33

4.1	Vad är artificiell intelligens?	33
4.2	EU:s strategi för artificiell intelligens	34
4.3	AI-förordningens syften och mål	36
4.4	AI-förordningens rättsliga grund.....	37
5	AI-förordningen – det föreslagna ramverket.....	39
5.1	Definitioner	39
5.2	Angående förordningens definition av AI.....	40
5.3	Tillämpningsområde	41
5.4	Klassificering av hög risk.....	41
5.5	Riskhanteringssystem och krav på data	43
5.6	Transparens, tillgänglighet, robusthet och noggrannhet	44
5.7	Teknisk dokumentation	45
5.8	Kvalitetsstyrningssystem.....	46
5.9	Förenlighetsbedömning innan utsläppande på marknaden .	46
5.10	Kontroll och överträdelser av förordningen	48
5.11	Åtgärder till stöd för innovation.....	49
5.12	Näringslivets mottagande av förslaget	50
6	AI-förordningen och säkerställandet av en väl fungerande inre marknad för AI.....	52
6.1	En väl fungerande inre marknad för AI	52
6.2	AI-förordningen – en språngbräda för innovation?	54
6.2.1	Osäkerhetsfaktorn och den administrativa bördan.....	54
6.2.2	De regulatoriska sandlådorna.....	56
6.2.3	Innovationsfrämjande åtgärder för mindre leverantörer .	56
6.3	En väl fungerande inre marknad för vad?	57
6.4	Avslutande kommentarer	59
7	Rättsfallsförteckning	60
8	Källförteckning.....	62

Summary

In recent years, significant technological advancements have been made in the field of artificial intelligence (AI). AI is a complex technical domain that involves the development of software and hardware capable of mimicking the cognitive abilities normally associated with humans. Technological advancements in AI are expected to bring about substantial economic and social benefits. However, these advancements do not come without risks.

Against the backdrop of an ongoing digital transformation of the European Union's (EU) single market, the EU has recognized the need of a more uniform regulatory framework for AI. Hence, in 2021, the European Commission introduced a proposal for a regulation laying down harmonized rules for AI (the AI Act). The primary objective of the regulation is to ensure the proper functioning of the single market by creating the conditions for the development and use of trustworthy AI in the Union.

The AI Act sets forth comprehensive requirements for providers of AI systems, based on an assessment of the AI system's level of risk. Additionally, the regulation introduces measures aimed at fostering innovation. Considering the EU's objectives for the single market, this thesis examines the provisions of the AI Act, with the aim of investigating what constitutes a proper functioning single market for AI, and to what extent the AI Act ensures such a market. The analysis is based on the underlying premise that the freedom to conduct a business, enshrined in the EU's Charter of Fundamental Rights, plays an important role in facilitating a proper functioning single market. Moreover, the thesis presents a market liberal perspective on the freedom to conduct a business.

The thesis concludes that a proper functioning single market for AI particularly relies on favorable conditions for innovation and investment. Furthermore, it is argued that the AI Act does not ensure this, due to the extensive, costly, and burdensome requirements it lays out for providers of AI systems, coupled with inadequate measures to foster innovation. Consequently, it risks undermining the broader objectives of the regulation, and have adverse effects on the EU's global competitiveness in the field of AI.

Sammanfattning

Under de senaste åren har det skett betydande framsteg inom teknikområdet artificiell intelligens (AI). AI är ett komplext tekniskt område som involverar utveckling av mjuk- och programvara med förmåga att efterlikna de kognitiva egenskaper som normalt associeras med människor. Teknikutvecklingen på området förväntas föra med sig stora ekonomiska och sociala fördelar, men är också förenad med risker.

I ljuset av en pågående digital omställning av Europeiska unionens (EU) inre marknad har unionen uppmärksammat behovet av ett mer enhetligt regelverk för AI, varför Europeiska kommissionen 2021 presenterade ett förslag till en förordning om harmoniserade regler för AI (AI-förordningen). Förordningens huvudsakliga syfte är att säkerställa en väl fungerande inre marknad genom att skapa förutsättningar för utveckling och användning av tillförlitlig AI inom unionen.

Förordningen uppställer omfattande krav på leverantörer av AI-system baserat på en bedömning av AI-systemets risknivå, men föreslår också åtgärder för att främja innovation. Beaktat EU:s mål för den inre marknaden, undersöker uppsatsen förordningens bestämmelser med syfte att utreda vad som utgör en väl fungerande inre marknad för AI och i vilken utsträckning AI-förordningen säkerställer en sådan. Analysen genomförs med utgångspunkt att näringsfriheten, som återfinns i EU:s rättighetsstadga, utgör en viktig faktor för en väl fungerande inre marknad. Uppsatsen belyser ett marknadsliberalt perspektiv på näringsfriheten.

Uppsatsen visar att en väl fungerande inre marknad för AI särskilt grundas på goda förutsättningar för innovation och investeringar. AI-förordningen anses inte säkerställa en väl fungerande inre marknad för AI på grund av de omfattande, kostsamma och betungande krav som förordningen gör gällande för leverantörer av AI-system, i kombination med bristfälliga innovationsfrämjande åtgärder. Detta riskerar att undergräva målen med förordningen i stort och få negativa konsekvenser för EU:s globala konkurrenskraft på området.

Förord

Tack till min handledare Eduardo Gill-Pedro för värdefull inspiration.

Tack vännerna, för skratten.

Tack familjen, för stödet ni erbjuder.

Främst vill jag tacka dig Ebba. Tack för kärleken.

Lund, maj 2023

Fredrik Sedvall

We earth men have a talent for ruining big, beautiful things.

Bradbury, *The Martian Chronicles*

Förkortningar

AI	Artificiell intelligens
AI-förordningen	Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens (rättsakt om artificiell intelligens) och om ändring av vissa unionslagstiftningsakter COM(2021) 206 final
EU	Europeiska unionen
Europakonventionen	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Kommissionen	Europeiska kommissionen
Parlamentet	Europaparlamentet
Rättighetsstadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
Rådet	Europeiska rådet

1 Inledning

1.1 En intelligent omställning av den inre marknaden

Vi befinner oss i en omvälvande tid för teknikutveckling. Genom lanseringen av OpenAI:s ChatGPT, som snabbt nådde rekordmånga användare, fick den breda allmänheten upp ögonen för potentialen i det som ofta generaliserat benämns ”AI”.¹ Entusiastiska röster förutspår nu ett stundande paradigmskifte i paritet med internetrevolutionen medan andra uttrycker oro över riskerna förenade med teknikområdet.²

Parallellt med detta genomgår EU en aktiv digital omställning av den inre marknaden och har uttryckt ett mål att bli världsledande inom utvecklingen av tillförlitlig och etisk artificiell intelligens.³ Både EU:s framtida sociala välfärd och unionens ekonomiska tillväxt kommer i allt större utsträckning bygga på värdeskapande genom data och digital teknik.⁴ EU:s nuvarande forskning och innovationskraft inom AI-området är emellertid fragmenterat och har därför svårt att konkurrera med ledande aktörer på global nivå.⁵ Teknikutvecklingen sker i rasande takt och EU ligger redan efter i utvecklingen på området jämfört med Nordamerika och Asien.⁶

Det finns goda möjligheter för EU att avancera sin position på området. För att unionen ska inta en ledande roll globalt krävs dock att det rättsliga ramverket för utveckling och användning av AI-teknik är nogga avvägt för att både lyckas hindra de risker som finns och främja potentialen som tekniken erbjuder. Som en del av ett större lagstiftningspaket med syfte att uppnå detta är EU just nu på väg att genomdriva den första horisontella lagstiftningen som specifikt reglerar artificiell intelligens i stor utsträckning.

Teknikområdet som förordningen avser reglera är artificiell intelligens. Det är ett mångfasetterat område som inkluderar en mängd komplexa tekniker och metoder som kan användas för en stor variation av syften.⁷ De potentiella fördelarna med produkter och tjänster som utnyttjar AI är många. AI kan användas för att förbättra sjukvården, effektivisera industrin, främja mänskliga rättigheter och nyttjas för att utveckla hållbara lösningar som kan bidra till att stävja klimatkrisen.⁸

¹ Reuters.

² Europaparlamentet, *Artificiell intelligens: Möjligheter och risker*.

³ COM(2018) 237 s. 19; EUCO 13/20 p. 13.

⁴ COM(2020) 65 s. 1.

⁵ COM(2020) 65 s. 6.

⁶ McKinsey Global Institute s. 4; COM(2018) 795 s. 3.

⁷ Begreppet artificiell intelligens redogörs för i kapitel 4.1.

⁸ Europaparlamentet, *Artificiell intelligens: Möjligheter och risker*.

AI-teknik kan emellertid också användas för skadliga ändamål. Redan idag ser vi exempel på spridning av *deepfakes* – falska men trovärdiga bilder och videoklipp som kan ha skadliga effekter på individnivå såväl som på samhällsnivå.⁹ Det finns även risker förenade med integritet och dataskydd då AI-teknik kan användas för att känna igen och spåra individer. I mars i år skrev flera ledande experter och forskare inom AI ett öppet brev till allmänheten i vilket de uppmanade utvecklare att temporärt stoppa utvecklingen av vissa avancerade AI-system. Vädjan var avsedd att ge utvecklare och lagstiftare andrum att vidta preventiva åtgärder för att minimera risken för de potentiella faror som sådana system kan utgöra.¹⁰

Både potentialen och risken med AI-teknik är med andra ord stor. Det är ett område som kommer att innebära nya utmaningar för såväl lagstiftare som samhället i stort. Aktiva åtgärder inom ramen för EU:s inre marknad är viktiga för att facilitera utveckling av teknikområdet inom unionen. En väl fungerande inre marknad är vidare central för att vidmakthålla unionens globala konkurrenskraft, främja innovation samt ekonomisk och social integration. En hörnsten i upprätthållandet av en väl fungerande inre marknad är näringsfriheten som kommer till uttryck i artikel 16 i EU:s rättighetsstadga. Näringsfriheten etablerar att näringsidkare inom unionen får bedriva näringsverksamhet och sätter ramarna för hur denna får bedrivas och utvecklas.

1.2 Syfte och frågeställningar

I kommissionens förslag till AI-förordning anges att dess allmänna och viktigaste syfte är att säkerställa en väl fungerande inre marknad genom att skapa förutsättningar för utveckling och användning av tillförlitlig AI inom unionen.¹¹ Utifrån premissen att en marknadsliberal näringsfrihet utgör en central faktor för en väl fungerande inre marknad syftar den här uppsatsen till att analysera AI-förordningens materiella innehåll för att undersöka om, och i sådant fall i vilken utsträckning, den föreslagna förordningen säkerställer en väl fungerande inre marknad för AI.

För att nå syftet undersöker uppsatsen kraven och de innovationsfrämjande åtgärder som den föreslagna AI-förordningen presenterar. Dessa ställs i ljuset av den inre marknadens utveckling och näringsidkarens frihet att agera på marknaden under restriktiv statlig inblandning.

För att uppnå uppsatsens syfte har följande frågeställningar formulerats:

- Vad utgör en väl fungerande inre marknad för AI?

⁹ The Guardian.

¹⁰ Future of Life Institute I.

¹¹ AI-förordningen s. 6, 9, 81.

- Om och i sådant fall hur säkerställer den föreslagna AI-förordningen en väl fungerande inre marknad för AI?

1.3 Metod och perspektiv

Uppsatsen använder en EU-rättslig metod¹² för att redogöra för och tolka det material som lägger grunden för kapitel 2-5, vilka utgör uppsatsens utredande del. Den EU-rättsliga metoden är också aktuell för uppsatsens avslutande kapitel som ämnar svara på uppsatsens frågeställningar. Här läggs särskild tonvikt vid den teleologiska aspekten av den EU-rättsliga metoden – att betrakta rättsregler utifrån dess övergripande mål och kontext.¹³ För uppsatsen innebär detta bland annat att redogörelsen av för inre marknaden särskilt beaktar målen för dess digitala omställning.¹⁴ Därutöver utgår uppsatsen från ett perspektiv som gör gällande att en marknadsliberal tolkning av näringsfriheten är viktig för upprätthållandet av den inre marknaden. Närmare redogörelse för detta perspektiv ges i kapitel 3.4-5. Perspektivet används i uppsatsens avslutande kapitel när frågeställningarna besvaras och har valts för att särskilt lyfta fram näringsidkarens roll i utvecklandet av de tekniker och system som AI-förordningen ämnar reglera. För att öka läsbarheten används både begreppet artificiell intelligens och förkortningen AI löpande i texten. Dessa har samma betydelse.

1.3.1 Närmare om den EU-rättsliga metoden

Den EU-rättsliga metoden kan sägas vara den rättsliga metodik och de tolkningsmetoder som används av EU-domstolen, som nationella domstolar och myndigheter också ska använda sig av när de tillämpar EU-rätt.¹⁵ Metoden bygger vid första anblick på en normhierarkisk struktur som värderas fallande utifrån primärrätten, bestående av FEU, FEUF och rättighetsstadgan, följt av sekundärrätten, bestående av förordningar, direktiv och beslut, vilken i sin tur följs av icke bindande normgivande material. Sådant material kallas också *soft law*, och består bland annat av rekommendationer, meddelanden och yttranden av olika slag.¹⁶ Därefter tillkommer bland annat förarbeten, doktrin, generaladvokaternas förslag till avgöranden och ekonomiska teorier.¹⁷ Ett sådant linjärt förhållningssätt av EU-rätten ger emellertid en något förenklad bild. Som förhållningspunkt kan man säga att primärrätten tillsammans med bindande sekundärrätt, EU-domstolens rättspraxis och allmänna rättsprinciper är bindande rättskällor.¹⁸ Det innebär att en rättstillämpare är bunden till att följa dessa regler. Andra ovannämnda rättskällor är inte bindande i samma utsträckning utan ska i stället ses som vägledande vid rättstillämpning. Det är inte sällan som EU-rätten både inom primärrätten och sekundärrätten

¹² Se vidare kapitel 1.3.1.

¹³ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 168.

¹⁴ Se vidare kapitel 2.5.

¹⁵ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 21.

¹⁶ Bernitz, Kjellgren (2014) s. 194.

¹⁷ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 40.

¹⁸ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 40.

innehåller vaga bestämmelser som måste konkretiseras när bestämmelserna blir föremål för rättstillämpning i praktiken.¹⁹

Den EU-rättsliga metoden är i grunden en teleologisk metod. Detta innebär att rättsregler ska tolkas utifrån de konkreta rättsreglernas mål och de sammanhang där reglerna hittas, vilket uppsatsen tar fasta på.²⁰ Detta innebär att tolkning av EU-rättsligt material görs med hänsyn till EU:s övergripande mål som uppställs i primärrätten. Exempelvis, en effektiv inre marknad, jämlika konkurrensförhållanden och främjandet av en fri rörlighet av varor och tjänster inom unionen.²¹ Med detta sagt är inte en teleologisk tolkningsmetod det enda verktyg EU-domstolen har till förfogande vid tolkning av EU-rätten. Domstolen kan också använda bokstavstolkning, jämförelser mellan olika språkversioner av en text och beaktande av allmänna rättsprinciper. När flera tolkningsmöjligheter finns vid tillämpning av en viss rättsregel väljer EU-domstolen den tolkning som är mest förenlig med bestämmelsens syfte.²²

1.3.2 Näringsidkarens frihet i fokus

Eftersom AI-förordningens centrala och övergripande syfte, och målen för den digitala utvecklingen av den inre marknaden särskilt betonar näringsidkarnas roll i att uppnå dessa, utgår uppsatsen från ett perspektiv som beaktar näringsidkarens frihet att agera på marknaden för bedömningen om och i vilken utsträckning förordningens angivna syfte uppnås. Därför granskar uppsatsen den föreslagna förordningens bestämmelser utifrån en marknadsliberal förståelse, där näringsfriheten tar en central roll i upprätthållandet av en väl fungerande inre marknad. Detta perspektiv utvecklas i uppsatsens tredje kapitel och används i uppsatsens avslutande kapitel när frågeställningarna besvaras. När övriga delar av uppsatsen avser vara objektiva i sin framställning, bör läsaren alltså vara uppmärksam på att det avslutande kapitlet syftar till att analysera övrigt material framställt i uppsatsen utifrån detta perspektiv. Begreppet marknadsliberal i uppsatsen ska förstås som idén att offentlig inblandning i hur näringsidkare bedriver sin verksamhet ska vara restriktiv. Näringsfriheten innefattar en frihet för näringsidkare att bedriva näringsverksamhet utan obefogade regulatoriska störningar.²³

1.3.3 Särskilt angående näringsfriheten

Förståelsen för näringsfrihetens yttre ramar och dess roll för upprätthållandet av den inre marknaden är ett omtvistat område inom EU-rätten.²⁴ Det perspektiv som uppsatsens diskussion utgår från baseras på en förståelse av näringsfriheten som tidigare generaladvokat och nuvarande domare i EU-domstolen Nils Wahl gett uttryck för. Vad detta innebär behandlas i mer detalj i

¹⁹ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 158.

²⁰ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 168.

²¹ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 169.

²² Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 162 ff.

²³ Se vidare kapitel 1.4.1 samt 3.4-5.

²⁴ Bernitz (2019) s. 30; Giubboni (2018) s. 175 f.

kapitel 3.4-5, men bygger i korthet på idén att näringsfriheten är nära förbunden med den inre marknaden och att begränsningar i hur näringsidkares bedrivande av näringsverksamhet *prima facie* utgör allvarliga störningar för de politiska och ekonomiska grundvalar som EU:s inre marknad bygger på.

Det är som påtalats ett omstritt område och det finns stöd för en annan tolkning än den som uppsatsen presenterar. Som exempel kan nämnas Eduardo Gill-Pedro, docent och forskare vid Lunds universitet, som i artikeln *Freedom to Conduct Business in EU Law: Freedom From Interference or Freedom from Domination* i tidskriften *European Journal of Legal Studies*, utforskar vilken typ av frihet som näringsfriheten ger uttryck för.²⁵ Närmare bestämt huruvida näringsfriheten innefattar en frihet att bedriva näringsverksamhet utan inblandning från staten, eller en frihet från att styras och domineras av staten. Gill-Pedro menar att näringsfriheten innebär att näringsidkare får agera i enlighet med vad lagen tillåter dem att göra och att de inte ska bli föremål för godtyckliga och dominerande ålägganden.²⁶²⁷ Gill-Pedro gör således inte en lika marknadsliberal tolkning av näringsfriheten som den som Wahl ger uttryck för.

1.4 Material

Valet av metod och uppsatsens ämnesområde har varit vägledande för det material som uppsatsen baseras på. Uppsatsen behandlar i stor utsträckning bestämmelser i primärrätten i redogörelsen för den inre marknaden och näringsfriheten. Eftersom primärrättens bestämmelser många gånger är vaga i sina formuleringar har tolkningen av dessa behövts kompletterats med annat material. I första hand har detta material utgjorts av soft law och doktrin.

Praxis från EU-domstolen har använts för att etablera de grundläggande element som näringsfriheten innefattar. Ett urval av modern rättspraxis har också behandlats i syfte att ligga till grund för att exemplifiera det marknadsliberala perspektivet av näringsfriheten som uppsatsen använder i det avslutande kapitlet.

Artikel 296 FEUF gör gällande att EU:s rättsakter ska vara motiverade och tillhandahålla hänvisningar till bland annat de förslag, initiativ och rekommendationer som rättsakten baseras på. AI-förordningens preambel har därför varit vägledande för förståelsen av förordningens syfte och bestämmelser. Därtill har även det omfattande förarbetet till förordningen använts som tolkningsunderlag, i synnerhet meddelanden och kommunikation från kommissionen. Till skillnad från förordningens artiklar är detta material emellertid inte rättsligt bindande utan ska användas som tolkningsunderlag.²⁸

²⁵ Gill-Pedro (2017).

²⁶ Gill-Pedro (2017) s. 119.

²⁷ Se även Gill-Pedro (2022) s. 204 ff.

²⁸ Hettne, Otken Eriksson (2011) s. 169.

Härvid bör särskilt uppmärksammas att förordningen inte slutligen antagits vid tiden då denna uppsats skrivs. Uppsatsen är skriven utifrån det förslag som presenterats av kommissionen som nu förhandlas i rådet och parlamentet. Detta innebär att förordningen fortfarande är föremål för ändringar och att det således är möjligt att delar av uppsatsen kommer att bli obsoleta i samband med att förordningen slutligen antas. Valet att utgå från kommissionens ursprungliga förslag motiveras dels av att ett större urval av tillgängligt material med direkt koppling till detta förslag funnits att tillgå, dels av att uppsatsen skrivs under en fast tidsram vilket skulle innebära praktiska problem om innehållet skulle vara beroende av det senast aktuella ändringsförslaget.

AI-förordningen behandlar ett mycket tekniskt komplicerat område. Inom ramen för en juridisk uppsats har det emellertid bedömts vara lämpligt att inte behandla tekniker och tillhörande begrepp mer än nödvändigt. Med det sagt krävs vissa förklaringar för grundläggande tekniska begrepp och koncept för att ge en läsaren en förståelse för det område som AI-förordningen behandlar. Därför tillhandahåller kapitel 5.1 en lista av definitioner för utvalda begrepp som används i AI-förordningen.

Eftersom uppsatsen placerar näringsidkaren i fokus har det varit relevant att lyfta fram hur den föreslagna förordningen mottagits av näringslivet. Detta har bland annat gjorts genom svenska remissvar från organisationer som företräder näringslivet. Detta material har endast använts för att belysa de aspekter av den föreslagna förordningen som dessa aktörer reagerat på. Det bör härvid ändå nämnas att svenska remissvar endast utgör nationella tolkningar vilka ska lämna företräde till tolkningar från EU, enligt den EU-rättsliga metoden.²⁹

1.5 Avgränsningar

AI-förordningen är en del av ett större lagstiftningspaket som inkluderar ett flertal lagstiftningar och förslag på lagstiftningar som kommer ha inverkan på utveckling och användande av AI-teknologi.³⁰ Uppsatsen analyserar utslutande AI-förordningen eftersom det är det förslag som träffar den bredaste gruppen av AI-system. Vidare undersöks i uppsatsen primärt de krav som uppställs på leverantörer som tillhandahåller AI-system som AI-förordningen klassificerar som *hög risk*, vilket behandlas närmare i kapitel 5.3. Läsaren bör därför vara uppmärksam på att det finns en stor andel AI-system som inte kommer att träffas av de krav som uppsatsen beskriver.

²⁹ Reichel (2018) s. 126.

³⁰ Däribland Europaparlamentets och Rådets förordning (EU) 2022/2065 av den 19 oktober 2022 om en inre marknad för digitala tjänster och om ändring av direktiv 2000/31/EG (förordningen om digitala tjänster); Förslag till Europaparlamentets och Rådets förordning om respekt för privatlivet och skydd av personuppgifter i samband med elektronisk kommunikation och om upphävande av direktiv 2002/58/EG (förordning om integritet och elektronisk kommunikation).

AI-förordningen omfattar vidare ett övergripande koncept benämnt *tillförlitlighet*. Konceptet utgör ett ramverk för hur produkter och tjänster som utnyttjar AI-teknik bör fungera och bygger på principer om etik och pålitlighet.³¹ Konceptet tillförlitlighet är en viktig del av AI-förordningen men kommer inte utforskas i större utsträckning inom ramen för denna uppsats. Denna avgränsning görs med hänsyn till att uppsatsen syftar till att undersöka säkerställandet av en väl fungerande inre marknad för AI generellt och att tillförlitlighetsaspekten primärt berör de etiska ramarna kring AI-teknikens beskaffenhet.³²

Att uppsatsen fokuserar på säkerställandet av en väl fungerande inre marknad för AI förringar inte faktumet att förordningen också har andra syften och mål och att dessa ska balanseras mot varandra. Inom ramen för uppsatsens syfte kommer dessa övriga mål emellertid tillmätas en perifer betydelse, som bör beaktas om förordningen ska värderas utifrån ett bredare perspektiv än det uppsatsen gör gällande.

Därutöver ska nämnas att EU:s inre marknad är ett mycket omfattande område som inte fullständigt kan redogöras för inom ramen för uppsatsens omfattning. Uppsatsen begränsar sig därför till det väsentliga ramverket i beskrivningen av EU:s inre marknad, med särskild fokus på den digitala omställningen av den inre marknaden.

1.6 Disposition

Efter detta inledande kapitel ger kapitel 2 i uppsatsen en bild av EU:s inre marknad, dess grundläggande rättsliga ramverk och förutsättningarna för dess upprätthållande och utveckling. Kapitlet avslutas med att särskilt belysa syftet och målen med den pågående digitala omställningen av den inre marknaden.

Kapitel 3 ämnar ge en bild av vad näringsfriheten i EU-rätten innebär och dess relevans för upprätthållandet och utvecklingen av EU:s inre marknad. Kapitlet inleds med en redogörelse av näringsfriheten som syftar till att ge en objektiv beskrivning av rättigheten baserad på grundläggande bestämmelser, praxis och doktrin. Kapitlet övergår sedan till att beskriva ett marknadsliberalt perspektiv av näringsfriheten som exemplifieras genom ett urval av rättspraxis från EU-domstolen. Redogörelsen av rättsfallen syftar både till att utveckla förståelsen av det marknadsliberala perspektivet och ge en bild av hur näringsfriheten tillämpats i proportionalitetsbedömningar i modern EU-rättslig praxis.

Kapitel 4 redogör för artificiell intelligens och presenterar en kronologisk genomgång av den grundläggande bakomliggande EU-rättsliga kontexten som

³¹ AI-förordningen s. 1 ff.

³² AI-förordningen s. 1 ff.

lett fram till den föreslagna AI-förordningen. Kapitlet beskriver också förordningens syften och mål samt dess rättsliga grund.

Kapitel 5 ger en omfattande redogörelse av AI-förordningens viktigaste bestämmelser och dess mottagande av näringslivet. Kapitlet inleds med en lista av definitioner som bedömts nödvändiga för att läsaren ska tillgodogöra sig förordningens övriga innehåll. Definitionen av "AI-system" behandlas särskilt. Därefter presenteras förordningens krav och innovationsstimulerande åtgärder. Kapitlet avslutas med att ge en bild av hur förordningen mottagits av näringslivet.

Kapitel 6 är uppsatsens avslutande kapitel som syftar till att besvara frågeställningarna. Kapitlet beaktar det marknadsliberala perspektivet av näringsfriheten som uppsatsen gjort gällande. Utifrån det undersöks först vad som avses med en väl fungerande marknad för AI. Sedan diskuteras AI-förordningens materiella innehåll varefter uppsatsens andra frågeställning besvaras. Uppsatsen avslutas med några sista reflektioner.

2 EU:s inre marknad

2.1 EU:s inre marknad – en översikt

Etableringen och upprätthållandet av EU:s inre marknad är en av unionens viktigaste bedrift och utgör en central del av EU:s rättsliga ramverk. Den inre marknadens huvudsakliga ändamål är att upprätthålla konkurrenskraft och skapa och bevara en enhetlig ekonomisk zon inom unionen där varor, tjänster, kapital och människor kan röra sig fritt över gränserna.³³ EU har länge vidhållit vikten av att främja rörligheten av dessa, ofta benämnda *de fyra friheterna*, som kan sägas utgöra kärnan av EU:s inre marknad.³⁴ Den inre marknaden bygger med andra ord på att möjliggöra obehindrad fri handel och rörelse mellan medlemsländerna.³⁵ Konceptet har rötter i EU:s tidiga fördrag och har utvecklats successivt under åren, från att historiskt ha fokuserat på ekonomisk integration – att sammanfoga medlemsstaternas nationella marknader, till att i större utsträckning även främja ekonomisk tillväxt, konkurrens, social sammanhållning och andra politiska mål. Därigenom har den inre marknaden blivit en central del av den bredare europeiska integrationen.³⁶ EU:s inre marknad regleras genom en omfattande uppsättning EU-lagstiftning och rättspraxis. Bland annat harmoniseringsdirektiv och förordningar, som skapar gemensamma standarder och regler för varor och tjänster som handlas inom unionen samt principen om ömsesidigt erkännande av nationella regler och standarder. EU:s inre marknad har en avgörande roll i unionens arbete att främja tillväxt och säkerställa att den inre marknaden präglas av EU:s grundläggande värderingar. Idag är utvecklingen av den inre marknaden ett levande projekt, vilket innebär att den formas och anpassas med tiden utefter nya tekniska, sociala, politiska och demografiska utmaningar.³⁷

2.2 Den inre marknadens rättsliga grundstruktur

FEU utgör tillsammans med FEUF ramverket för EU:s befogenheter. Av artikel 3.3 FEU framgår att EU ska upprätta en inre marknad. Den inre marknaden definieras i artikel 26.2 FEUF som "...ett område utan inre gränser, där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelser i fördragen". EU-domstolen har i tidig praxis uttryckt att begreppet inre marknad innefattar betydelsen att alla hinder för handel inom EU ska avskaffas.³⁸ Den inre marknaden syftar primärt till att underlätta rörlighet och handel inom unionen på ett sätt som samstämmer med fördragens övriga innehåll. Detta inkluderar respekt för de grundläggande rättigheterna som

³³ Bergström, Hettne (2014) s. 200; Derlén, Lindholm, Naartjärvi (2020) s. 486.

³⁴ Bernitz (2019) s. 20; Derlén, Lindholm, Naartjärvi (2020) s. 487.

³⁵ Weatherill (2017) s. 3.

³⁶ Bergström, Hettne (2014) s. 198.

³⁷ COM(2012) 573 s. 4.

³⁸ 4/73, *Nold mot Kommissionen*, EU:C:1974:51 p. 33.

uttrycks i rättighetsstadgan.³⁹ Den inre marknaden är mer än ett politisk mål- stadgande från unionens sida. Definitionen i artikel 26 utgör ett av fördragen uttryckt mål för medlemsstater såväl som unionen som dessa är rättsligt bundna till att sträva efter.⁴⁰

Artikel 3.3 FEU stadgar att unionen ska bygga på en social marknadsekonomi med hög konkurrens, full sysselsättningsgrad och sociala framsteg. Ramarna som EU etablerar för den inre marknaden utgör en politisk och juridisk begränsning av ekonomiska åtgärder som medlemsstaterna vidtar, då dessa inte får utgöra hinder mot den inre marknaden.⁴¹ Begreppet ”social marknadsekonomi” för kanske tankarna till den typ av social marknadsekonomi som traditionellt förknippas med Sverige och övriga nordiska länder, snarare än den mer liberala marknadsekonomi som associeras med USA. Genom Lissabonfördraget gjordes vissa ändringar avseende just den aspekten. Det som tidigare etablerade att unionen skulle föra en ekonomisk politik enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens är idag enligt artikel 3.3 FEU ersatt med ”...en social marknadsekonomi där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas”.⁴² Principen om en öppen marknadsekonomi återfinns emellertid fortfarande i flera artiklar i FEUF.⁴³ Av artikel 119.1 FEUF framgår exempelvis att för de mål som anges i artikel 3 FEU, däribland upprättandet av en inre marknad ska EU:s ekonomiska politik ska bedrivas enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens, vilket indikerar bundenhet till de grundläggande principer som en öppen marknadsekonomi bygger på. Däribland principerna om utbud och efterfrågan, avtalsfrihet och autonomi för privata aktörer utan större statlig inblandning.⁴⁴ Exakt vilken typ av marknadsekonomi som artikel 3.3 FEU ger uttryck för är omdebatterad.⁴⁵

Vidare följer av artikel 169.2 (a) FEUF att unionen genom åtgärder som vidtas för förverkligandet av den inre marknaden ska säkerställa en hög konsumentskyddsnivå inom EU med hänsyn till bland annat konsumentens hälsa, säkerhet och ekonomiska intressen. Därutöver ska EU främja unionens konkurrensförmåga inom teknisk utveckling och öka samarbeten mellan medlemsländer genom stimulerande åtgärder för företag.⁴⁶ Syftet med detta är att företag inom unionen ska ha möjlighet att nyttja potentialen som erbjuds genom den inre marknaden.⁴⁷ Den inre marknaden påverkas vidare av politiska skiftningar, lagstiftning och händelser i omvärlden och är således alltid

³⁹ C-112/00, *Schmidberger*, EU:C:2003:333; C-36/02, *Omega Spielhalle*, EU:C:2004:614.

⁴⁰ Blanke (2021) s. 605.

⁴¹ Bernitz (2019) s. 22 f.

⁴² Bergström, Hettne (2014) s. 136.

⁴³ Se art. 119.1, 120, 127 FEUF.

⁴⁴ Blanke (2021) s. 616.

⁴⁵ Bernitz (2019) s. 20; Bergström, Hettne (2014) s. 137.

⁴⁶ FEUF art. 179.1-2.

⁴⁷ Blanke (2021) s. 625.

föremål för förändring. Upprätthållandet och utvecklingen av den inre marknaden blir således en spegling av unionens politik. Detta innebär också att det inte finns ett slutgiltigt mål med den inre marknaden, eller en tidpunkt då den kan anses vara fullständigt förverkligad.⁴⁸

2.3 Negativ och positiv integration

Beträffande de åtgärder som vidtas för att upprätthålla EU:s inre marknad görs åtskillnad på det som brukar benämnas negativ och positiv integration. Negativ integration innebär förbud mot att medlemsstater reglerar eller på andra sätt vidtar åtgärder som innebär hinder mot marknadsintegrationen inom unionen. Exempelvis kvalitativa eller kvantitativa handelshinder.⁴⁹ Ursprungligen använde EU endast negativ integration, men det visade sig vara otillräckligt. Av den anledningen skapades även möjlighet till positiv integration genom det som idag är artikel 114 FEUF.⁵⁰ Positiv integration innebär att EU vidtar regulatoriska åtgärder för att aktivt harmonisera den inre marknaden. Harmonisering innebär att skapa en samstämmighet bland medlemsstaternas nationella lagstiftningar. Artikel 114.1 FEUF stadgar att EU får vidta åtgärder för att få den inre marknaden att fungera.⁵¹ Artikeln är således ett instrument för positiv integration och kan användas för att vidta lagstiftningsåtgärder i harmoniserande syfte.⁵² Harmonisering behöver inte nödvändigtvis betyda att nationella lagstiftningar ersätts. Många gånger sker i stället *mjukare* harmonisering genom exempelvis direktiv.⁵³ På senare år har vi emellertid sett en ökning av mer enhetliga regler i form av förordningar inom EU.⁵⁴ Den inre marknaden upprätthålls både genom positiv integration med hjälp av lagstiftningsakter som reglerar den inre marknaden, och negativ integration genom att EU-domstolen *in casu* gör gällande att en viss åtgärd är oförenlig med de fyra friheterna.⁵⁵

2.4 Kompetens och principer

Artikel 5.2 FEU klargör att EU endast har kompetens att handla inom ramen för de befogenheter som tilldelats unionen av medlemsländerna i enlighet med fördragen. Detta, som kallas principen om tilldelade befogenheter, är centralt för legitimiteten i lagar som skapas av unionen. EU har alltså inte möjlighet att lagstifta på områden i den utsträckning det skulle gå bortom vad medlemsländerna kommit överens om i fördragen.⁵⁶ EU:s kompetens att vidta regulatoriska åtgärder för upprättandet och funktionen av den inre marknaden framgår av artikel 26.1 FEUF. Artikeln gör gällande att unionen har mandat

⁴⁸ Blanke (2021) s. 604.

⁴⁹ Blanke (2021) s. 620.

⁵⁰ Bergström, Hettne (2014) s. 201.

⁵¹ Bergström, Hettne (2014) s. 202.

⁵² Bergström, Hettne (2014) s. 201; Blanke (2021) s. 609.

⁵³ Bergström, Hettne (2014) s. 251.

⁵⁴ Bergström, Hettne (2014) s. 252.

⁵⁵ Blanke (2021) s. 621; Reichel (2018) s. 121.

⁵⁶ Reichel (2018) s. 113.

att vidta åtgärder för att säkerställa den inre marknadens funktion. Själva lagstiftningsförfarandet vidtas emellertid primärt i enlighet med artikel 114 FEUF. Utgångspunkten vad gäller kompetensfördelning inom den inre marknaden är att medlemsländerna och unionen ska ha delade befogenheter i enlighet med artikel 4.2 (a) FEUF. För områden med delade befogenheter kan medlemsländerna anta bindande rättsakter under förutsättning att EU inte redan antagit rättsakter eller valt att inte utöva sin befogenhet. För konkurrensregler som krävs för att upprätthålla den inre marknadens funktion har EU emellertid exklusiv kompetens enligt artikel 3.1 (b) FEUF. Exakt vilka specifika regler som faller under den exklusiva kompetensen på detta område är omstritt.⁵⁷

Av subsidiaritetsprincipen som framgår av artiklarna 5.1 och 5.3 FEU ska EU, på områden där unionen saknar exklusiv befogenhet, endast agera om målen för en planerad åtgärd inte på ett tillfredställande sätt kan göras på nationell nivå. En annan princip som är relevant för kontrollen av åtgärderna unionen vidtar är proportionalitetsprincipen. Principen innebär att en intresseavvägning måste genomföras för att säkerställa att de medel som används för att uppnå ett visst mål inte ska gå utöver vad som är nödvändigt.⁵⁸ Då subsidiaritetsprincipen framför allt är relevant som förhandskontroll av EU:s rättsakter, är proportionalitetsprincipen också effektiv som efterhandskontroll. Inte minst när EU-domstolens granskar lagenligheten i EU:s lagstiftningar.⁵⁹

2.5 En inre marknad i digital omställning

Regelverket för den inre marknaden är inte statiskt. Även om avskaffande av tullar och andra tariffavgifter fortfarande är en viktig del, är anpassning utifrån omvärlds- och samhällsförändringar av den inre marknaden en förutsättning för att den ska vara välfungerande över tid. Klimatförändringar är ett exempel på sådan samhällsförändring som kräver utveckling av ramverket för den inre marknaden.⁶⁰ Likaså innebär de senaste decenniernas digitala utveckling en dramatisk förändring av den globala ekonomin, vilket påverkar EU och dess inre marknad.⁶¹ Utveckling av ny teknik är ett område som av naturliga skäl ger upphov till nya harmoniseringsbehov inom unionen eftersom det i regel sker i högt tempo. Då EU har ett generellt bemyndigande att vidta åtgärder för att upprätthålla den inre marknaden och dess funktion, följer EU:s kompetens utvecklingen av vad som för tillfället ryms inom ramar för den inre marknaden.⁶² På senare tid har även behovet av mer synergistiska rättsliga ramar för finansiering och vidtagandet av åtgärder på den

⁵⁷ Blanke (2021) s. 626.

⁵⁸ FEU 5.4.

⁵⁹ Bergström, Hettne (2014) s. 167.

⁶⁰ Bergström, Hettne (2014) s. 200.

⁶¹ COM(2015) 192 s. 3.

⁶² Bergström, Hettne (2014) s. 200.

inre marknaden uppmärksammas.⁶³ Det innebär att samspelet mellan olika områden av relevans för den inre marknaden måste beaktas för att utnyttjas mer effektivt. Antagandet av regler är dock endast ett första steg på vägen att upprätthålla en väl fungerande inre marknad. Nästa, lika viktiga steg är att upprätthålla regelverket och få det att fungera i praktiken.⁶⁴

2015 presenterade kommissionen en strategi för en digital inre marknad.⁶⁵ Kraftåtgärder i form av investeringsstöd, politiska samarbeten och lagstiftningsåtgärder skulle vidtas för att omvandla det europeiska samhället och avancera EU:s position globalt för att ligga i framkant inom digital utveckling.⁶⁶ Syftet med utvecklingen av EU:s digitala inre marknad uppgavs vara att generera ett investeringsvänligt klimat för forskning och innovation som främjar utvecklingen av digitala varor och tjänster.⁶⁷ Förverkligandet skulle ske med fokus på tre huvudområden: en förbättrad tillgång till digitala varor och tjänster, generering av goda förutsättningar för utvecklingen av digitala nät och tjänster samt maximering av tillväxtpotentialen för den digitala ekonomin inom unionen.⁶⁸ Sedan dess har ett aktivt arbete pågått från EU:s håll vad gäller åtgärder på detta område. Inte minst i form av ny lagstiftning inom bland annat upphovsrätten, online-handel och dataskydd.⁶⁹ 2017 publicerade kommissionen en halvtidsöversyn av strategin för den digitala inre marknaden.⁷⁰ Halvtidsöversynen betonade fortsatt vikten av att EU accelererar främjandet av innovation och vetenskapliga framsteg för att EU ska spela en betydande roll inom området globalt. I halvtidsöversynen konstateras att EU behöver upprätta ett snabbt växande ekosystem som främjar nya innovativa företag om en digital inre marknad ska kunna realiseras. Dessa skulle enligt halvtidsöversynen tillsammans med satsningar på kvalificerad arbetskraft kunna driva utvecklingen framåt och bidra till utveckling och ekonomisk tillväxt inom unionen.⁷¹ Utveckling inom artificiell intelligens lyftes särskilt

⁶³ Rådet, *En ny strategisk agenda för 2019-2024*; Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2021/690 av den 28 april 2021 om inrättande av ett program för den inre marknaden, konkurrenskraft för företag, inklusive små och medelstora företag, området för växter, djur, livsmedel och foder och europeisk statistik (programmet för den inre marknaden) samt om upphävande av förordningarna (EU) nr 99/2013, (EU) nr 1287/2013, (EU) nr 254/2014 och (EU) nr 652/2014 (L 153/1).

⁶⁴ L 153/1 skäl 3.

⁶⁵ COM(2015) 192.

⁶⁶ COM(2015) 192 s. 1.

⁶⁷ COM(2015) 192 s. 5.

⁶⁸ COM(2015) 192 s. 5.

⁶⁹ Se exempelvis: 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 (allmän dataskyddsförordning; Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2019/790 av den 17 april 2019 om upphovsrätt och närstående rättigheter på den digitala inre marknaden och om ändring av direktiven 96/9EG och 2001/29EG; Europaparlamentets och rådets förordning 2019/1150 av den 20 juni 2019 om främjande av rättvisa villkor och transparens för företagsanvändare av onlinebaserade förmedlingstjänster.

⁷⁰ COM(2017) 228.

⁷¹ COM(2017) 228 s. 23.

fram som essentiellt för ekonomisk tillväxt i unionen.⁷² Det betonas vidare att åtgärder behöver vidtas i hög hastighet för att hålla jämna steg med den digitala utvecklingen för att EU inte ska hamna efter globalt på området.⁷³

I sin kandidatur till ordförandeposten för kommissionen, betonade Ursula von der Leyen i sina politiska riktlinjer för kommissionen 2019-2024, *En ambitiösare union*, vikten av att EU tillvaratar möjligheterna som den snabba digitala och tekniska utvecklingen för med sig.⁷⁴ Genom ökade investeringar och smarta regulatoriska åtgärder vill von der Leyen uppnå vad hon kallar europeisk teknisk suveränitet. Detta innebär att den tekniska utvecklingen inom EU ska ligga i framkant och vara oberoende av den tekniska utvecklingen utanför unionen. Därtill läggs särskild tonvikt på artificiell intelligens som anges vara ett område med särskilt stor potential.⁷⁵ Ambitionen att placera unionen i framkant inom AI och digital utveckling globalt har upprepats flera gånger i senare kommunikation från EU.⁷⁶

Kommissionen publicerade under 2021, i ett meddelande med titeln *Digital kompass 2030: den europeiska vägen in i det digitala decenniet (meddelande om den digitala kompassen)*, visionen för den digitala omställningen inom unionen fram till 2030.⁷⁷ Meddelandet innehåller målstadganden för ökad digitalisering inom unionen med fokus på en rad faktorer. Däribland utveckling, solidaritet, säkerhet, hållbar digital utveckling och stärkt innovationskraft för företag.⁷⁸ Konkret syftar EU:s digitala mål bland annat till att uppnå en högre grundläggande digital kompetens, större andel spetskompetens inom IT och att 75 procent av företagen inom EU ska använda sig av artificiell intelligens.⁷⁹ Dessutom vill EU se dubbelt så många enhörningar (snabbväxande högteknologiska företag) inom unionen vid 2030.⁸⁰

I slutet av 2022 fattade parlamentet och rådet beslut om att inrätta åtgärder för att påskynda och förverkliga den digitala omställningen i EU fram till 2030 genom etableringen av ett övergripande ramverk för EU:s digitala politik fram till 2030.⁸¹ Beslutet syftade till att utarbeta ett policyprogram för främjandet av ökad digitalisering inom EU:s inre marknad. Däribland kunskapshöjande åtgärder för EU:s medborgare, utbyggnad av digital

⁷² COM(2017) 228 s. 23.

⁷³ COM(2017) 228 s. 3.

⁷⁴ Leyen, *En ambitiösare union: min agenda för Europa: politiska riktlinjer för nästa Europeiska kommission, 2019-2024* s. 13.

⁷⁵ Leyen, *En ambitiösare union: min agenda för Europa: politiska riktlinjer för nästa Europeiska kommission, 2019-2024* s. 13.

⁷⁶ COM(2021) 118 s. 2; COM(2018) 237 s. 19.

⁷⁷ COM(2021) 118.

⁷⁸ COM(2021) 118. s.10.

⁷⁹ COM(2021) 118.

⁸⁰ 2020/21:FPM94 s. 2.

⁸¹ Europaparlamentets och Rådets beslut (EU) 2022/2481 av den 14 december 2022 om inrättande av policyprogrammet för det digitala decenniet 2030 (L 323/4).

infrastruktur och underlättande för digitala investeringar, inkluderat utveckling och främjande av satsningar på artificiell intelligens.⁸²

2.6 Sammanfattande kommentarer för kapitlet

Ramverket för utvecklingen av EU:s inre marknad är dynamiskt och utvecklas kontinuerligt för att möta samhällsförändringar och teknisk utveckling. På teknikområdet har vi under senare tid sett att EU använder mer omfattande positiva regulatoriska åtgärder för att skapa harmonisering på området. Inom gränserna för EU:s kompetens för upprätthållandet av den inre marknaden vidtas nu aktivt åtgärder för att facilitera en omfattande digital omställning inom unionen. EU strävar efter att avancera sina positioner globalt på området och har för att uppnå detta presenterat strategier och lagstiftningsförslag som ska främja digitalisering och skapa en gynnsam miljö för tillväxt inom den digitala ekonomin. Dessa strategier och mål lägger tonvikt vid att främja investeringar, innovation och tillgänglighet till digital teknik, inkluderat artificiell intelligens.

⁸² L 323/4 art. 4.

3 Näringsfriheten som instrument för upprätthållandet av EU:s inre marknad

3.1 Vad är näringsfriheten?

Näringsfriheten framgår av artikel 16 i rättighetsstadgan och erkänner rätten för företag att etablera och bedriva näringsverksamhet. Tillsammans med det övriga ramverket för den inre marknaden kan näringsfriheten sägas utgöra en del av EU:s ekonomiska konstitution.⁸³ Näringsfriheten kan sägas omfatta två aspekter. Den första är etableringsfriheten, som innefattar rätten att fritt etablera en kommersiell verksamhet inom unionen. Den andra gäller *hur* näringsverksamheten bedrivs. Det vill säga friheten ett företag har att bedriva, utveckla, expandera eller avverka sin verksamhet.⁸⁴ Näringsfriheten är också sammankopplad med ett flertal andra rättigheter i rättighetsstadgan som får relevans för många företag i deras verksamhet. Däribland rätten till egendom som framgår av artikel 17 samt rätten till fritt yrkesval och rätten att arbeta i artikel 15. Näringsfriheten är därför ett viktigt instrument för EU:s inre marknad och främjandet av ekonomisk integration mellan medlemsstaterna.⁸⁵

Av artikel 16 i EU:s rättighetsstadga framgår att näringsfriheten ska erkännas i enlighet med unionsrätten, nationell lagstiftning och praxis. Av praxis går bland annat att utläsa att näringsfriheten inkluderar en frihet att utöva ekonomisk verksamhet, ingå avtal och fri konkurrens.⁸⁶ De delar vi idag kan konstatera ryms i artikel 16 började utarbetas i EU-domstolens rättspraxis under 1970-talet, men näringsfriheten har existerat i olika former inom medlemsstaternas rättsliga traditioner och EU:s DNA sedan långt innan den kodifierades och gavs status som grundläggande rättighet i rättighetsstadgan.⁸⁷ Eftersom näringsfriheten kan härledas till medlemsstaternas konstitutionella traditioner, där formerna för vad som idag faller under näringsfrihetens rättighetskappa formats av medlemsländernas politik, är näringsfriheten automatiskt sammanbunden med politiken.⁸⁸ Ramarna för hur näringsidkare får bedriva sin verksamhet faller därför naturligt samman med den ekonomiska politik som bedrivs inom unionen, vilket innebär att expansion eller reduktion av näringsfriheten ofrånkomligen får politiska konnotationer.⁸⁹

3.2 Rättighetsstadgans roll inom EU-rätten

Rättighetsstadgan fastställer en mängd grundläggande rättigheter, friheter och principer som EU och medlemsstaterna ska värna om. Genom

⁸³ Bernitz (2019) s. 29.

⁸⁴ Bernitz (2019) s. 26.

⁸⁵ Usai (2013).

⁸⁶ 4/73, *Nold mot Kommissionen*, EU:C:1974:51 p.14.

⁸⁷ EUT C 303/17, Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna.

⁸⁸ Everson, Correia Gonçalves (2021) s. 464.

⁸⁹ Everson, Correia Gonçalves (2021) s. 464.

Lissabonfördraget kodifierades dessa rättigheter och rättighetsstadgan gavs samma rättsliga status som EU-fördragen och tillhör idag EU:s primärrätt, vilket kommer till uttryck i artikel 6.1 FEU.⁹⁰ Rättighetsstadgan ger emellertid inte EU några nya eller utökade befogenheter jämfört med vad som kommer till uttryck i fördragen.⁹¹

Rättighetsstadgan är relevant för rättstillämpningen inom unionen och kan här anses fylla tre konstitutionella funktioner: för det första kan den ses som ett uttryck för EU:s grundläggande värden och därigenom ge upphov till skapandet av EU-rättsliga principer; för det andra fungerar stadgan som ett verktyg för tolkning av EU-rätten och måste tas i beaktande vid tillämpning av EU-rättslig normtillämpning; slutligen ger stadgan grund för ogiltigförklaring av EU-rättslig så väl som nationell lagstiftning som strider mot stadgans innehåll.⁹² Artikel 51.1 i rättighetsstadgan förklarar att stadgan ska beaktas av unionens institutioner och medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten. Den ska även tas i beaktande av kommissionen under utarbetandet av dokument som kan vara av rättslig relevans.⁹³ I litteraturen har stadgan beskrivits som EU-rättens ”skugga”.⁹⁴ Med detta menas att på samma sätt som ett föremål avgör sin skuggas konturer, avgör EU-rättens tillämpningsområde rättighetsstadgan. Detta ska förstås som att inom varje område där EU tilldelats rättslig befogenhet måste stadgan beaktas.⁹⁵

Samtliga av de rättigheter, friheter och principer som stadgan ger uttryck för är alltså relevanta både före, under och efter en rättsakt introduceras. Rättighetsstadgan gör skillnad på friheter och principer. Principerna är inte direkt tillämpliga men måste, som framförts ovan, beaktas och fungerar därigenom som tolkningsunderlag och riktlinjer vid lagstiftning.⁹⁶ Rättigheterna utgör däremot direkt tillämpliga rättsregler som kan tillämpas med direkt vertikal effekt^{97,98} Näringsfriheten har i EU-rättslig praxis hänvisats till som en rättighet.⁹⁹

3.3 Inskränkningar i näringsfriheten

Ämnesområdena och målen för EU:s och medlemsstaternas lagstiftning gör det oundvikligt att vissa rättigheter och friheter ibland kommer i konflikt. Redan innan rättighetsstadgan antogs gav rättspraxis från EU-domstolen uttryck

⁹⁰ Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right* s. 21.

⁹¹ FEU art 6.1; rättighetsstadgan art 51.2.

⁹² Jääskinen (2021) s. 1711 ff.

⁹³ SEC(2011) 567 s. 10.

⁹⁴ Jääskinen (2021) s. 1711.

⁹⁵ Jääskinen (2021) s. 1711.

⁹⁶ Bernitz, Kjellgren (2022) s. 151.

⁹⁷ Direkt vertikal effekt innebär att privatpersoner kan göra en rättighet gällande mot staten.

⁹⁸ Bernitz, Kjellgren (2022) s. 151.

⁹⁹ C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 p. 42.

för att näringsidkare inte kan anses ha en allmän rätt att vara helt befriade från lagstiftning som kan innebära begränsning av hur en näringsidkare bedriver sin verksamhet.¹⁰⁰ EU-domstolen har vid upprepade tillfällen klargjort att giltigheten av unionsakter är avhängig förenlighet med stadgans grundläggande rättigheter och ogiltigförklarande har också skett.¹⁰¹ Alltså utgör respekt för de grundläggande rättigheterna en förutsättning för legaliteten i EU:s rättshandlingar.

Friheten att bedriva näringsverksamhet är, liksom de flesta grundläggande rättigheter i rättighetsstadgan, inte en absolut rättighet. Detta innebär att den under vissa förutsättningar kan inskränkas.¹⁰² Artikel 16 i rättighetsstadgan saknar hänvisning till vilka rättsmedel som är tillämpliga och vilka faktorer som är av betydelse vid inskränkning av den åsyftade rättigheten. Förutsättningarna för detta utläses i stället genom de allmänna principer som framgår av artikel 52 i rättighetsstadgan.¹⁰³ Artikeln gör gällande att en begränsning av grundläggande rättigheter endast får göras om den är "...föreskriven i lag och förenlig med det väsentliga innehållet i dessa rättigheter och friheter. Begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter".¹⁰⁴ Proportionalitetsprincipen är en grundläggande rättsprincip inom EU-rätten och handlar i grunden om att en inskränkning inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå sitt syfte.¹⁰⁵

Först och främst måste alltså en begränsande åtgärd vara föreskriven i lag vilket innebär att den måste komma till uttryck genom en rättsakt. Därutöver ska begränsningen svara mot ett mål av samhällsintresse. Sådana mål omfattar särskilt viktiga områden som lyfts fram i unionslagstiftning, exempelvis miljön, folkhälsa och säkerhet.¹⁰⁶ Skydd för andra människors rättigheter och friheter utgörs primärt av de rättigheter och friheter som kommer till uttryck i rättighetsstadgan. Exempelvis arbetstagares rättigheter, yttrandefrihet och informationsfrihet, respekt för privatlivet och skydd för personuppgifter.¹⁰⁷ Därutöver ska begränsningen vara förenlig med essensen av rättigheten som inskränks. EU-domstolen har uttryckt att detta kriterium bör förstås som att en begränsning ska beakta rättighetens funktion i samhället och ska inte utgöra ett oproportionerligt eller icke-godtagbart ingrepp i vad man kan betrakta

¹⁰⁰ 4/73, *Nold mot Kommissionen*, EU:C:1974:51 p. 14.

¹⁰¹ Se till exempel: C-362/15, *Schrems I*, EU:C:2015:650 p. 38; C-311/18, *Schrems II*, EU:C:2020:559 p 99.

¹⁰² Bernitz (2019) s. 30.

¹⁰³ Veneziani (2019) s. 364.

¹⁰⁴ Rättighetsstadgan art. 52.1.

¹⁰⁵ Bernitz (2019) s. 30.

¹⁰⁶ Bernitz (2019) s. 29.

¹⁰⁷ Bernitz (2019) s. 30.

som rättighetens kärna.¹⁰⁸ Dessa kriterier har upprepats flera gånger i praxis från EU-domstolen.¹⁰⁹ Avslutningsvis ska proportionalitetsprincipen beaktas.

Under ett lagstiftningsförfarande som riskerar att innebära inskränkningar i grundläggande rättigheter krävs således att lagstiftaren utvärderar och genomför en konsekvensbedömning för att avgöra huruvida en inskränkande regel kan anses berättigad utifrån ovan nämnda faktorer.¹¹⁰ När stadgans rättigheter kolliderar är det lagstiftarens uppgift att hitta en väl avvägd balans mellan dessa. Lagstiftningsåtgärder som styr förhållandena för hur företag inom unionen får bedriva näringsverksamhet kan av sin natur sägas utgöra en begränsning av näringsidkarens autonomi och frihet. Att näringsfriheten kan inskränkas råder det som redogjorts för ovan inget tvivel om, avgörande är hur avvägningar motiveras. I efterhand är det upp till EU-domstolen att göra den yttersta tolkningen av förenlighet med rättighetsstadgan.¹¹¹ EU-domstolen har då rollen att avgöra huruvida lagstiftaren hittat en acceptabel balans.¹¹²

3.4 En friare näringsfrihet

Näringsfriheten utvecklas genom lagstiftarens avvägningar och EU-domstolens rättspraxis. Ramarna för vad näringsfriheten innefattar är således föränderliga. Det råder delade meningar kring vilken utveckling vi ser av rättigheten inom EU-rätten och på grund av dess politiska förankring – vilken utveckling vi bör se. Nils Wahl kritiserar i ett kapitel i boken ”*The freedom to conduct business and the future of European integration*” ett antal tidigare domar från EU-domstolen och argumenterar för vikten av en marknadsliberal tolkning av näringsfriheten. Wahl menar att begränsningar av näringsfriheten bör göras med mycket stor varsamhet eftersom dessa inte bara utgör en begränsning av en grundläggande rättighet – de påverkar förutsättningarna för den marknadsekonomi som EU och den inre marknaden bygger på.¹¹³ Wahl menar att EU bygger på en politisk ekonomi som innefattar en förståelse av marknaden där varje störning för företag att bedriva näringsverksamhet, som exempelvis kan utgöras av lagstiftning, *prima facie* är förbjuden.¹¹⁴ Detta innebär att det åligger lagstiftaren att visa att och hur en störning i näringsidkarens frihet är motiverad.

Näringsfriheten ska enligt Wahl betraktas som en hörnsten i EU:s politiska konstitution under vilken medlemsstaterna åtagit sig att förbinda sig till.¹¹⁵ En del av den konstitutionen utgörs av upprättandet och upprätthållandet av en

¹⁰⁸ C-554/10, *Deutsches Weintor*, EU:C:2012:526 p. 54.

¹⁰⁹ Se exempelvis: C-554/10, *Deutsches Weintor*, EU:C:2012:526, p. 54; C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 p. 42; C-210/03, *Swedish Match*, EU:C:2004:802, p. 72; *Irish farmers Association m.fl.* EU:C:1998:187 p. 27.

¹¹⁰ SEC(2011) 567 s. 4.

¹¹¹ SEC(2011) 567 s. 4.

¹¹² C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 p. 50.

¹¹³ Wahl, (2019) s. 287.

¹¹⁴ Wahl, (2019) s. 276.

¹¹⁵ Wahl (2019) s. 287.

väl fungerande inre marknad som bygger på principen om en fri marknadsekonomi där fri konkurrens råder. En fri marknadsekonomi innebär i sin tur att näringsidkare i så stor utsträckning som möjligt ska ges frihet att bedriva sin verksamhet utan att begränsas av juridiska styrmedel.¹¹⁶ Om lagstiftaren och EU-domstolen gör allt för godtyckliga bedömningar i förhållande till ekonomiska aktörers intressen riskerar det enligt Wahl att långsiktigt urholka ekonomiska och sociala framsteg inom unionen.¹¹⁷

I nästkommande avsnitt presenteras ett antal rättsfall från EU-domstolen avseende näringsfriheten utifrån förståelsen av näringsfriheten som redogjorts för ovan. Detta syftar till att demonstrera avväganden som EU-domstolen gjort i modern rättspraxis för att ge en bild av vilken betydelse näringsfriheten tillskrivits i förhållande till andra rättigheter, samt ytterligare redogöra för det perspektiv som Wahl ger uttryck för.

3.5 EU-domstolens rättspraxis

3.5.1 Sky Österreich

I fallet *Sky Österreich*¹¹⁸ bedömde EU-domstolen INFOSOC-direktivet¹¹⁹ utifrån en bestämmelse som innebar en inskränkning av näringsfriheten. Kortfattat innebar den aktuella bestämmelsen en begränsning av vem och till vilket pris en innehavare av sändningsrättigheter till sportprogram fick ingå avtal med. Att avtalsfriheten är en del av rätten att bedriva näringsverksamhet framgår av förklaringarna till rättighetsstadgan.¹²⁰ Domstolen konstaterade att bestämmelsen inskränkte näringsfriheten och argumenterade i fallet att en proportionalitetsbedömning måste göras mellan näringsfriheten å ena sidan, mot unionsmedborgarnas rätt att ta emot information tillsammans med vikten av frihet och mångfald inom massmedia, å andra sidan.¹²¹ Domstolen framhöll vidare att näringsfriheten inte är en absolut rättighet, utan att den ska beaktas i förhållande till dess funktion i samhället och att ett företags ekonomiska frihet därför kan begränsas till fördel för en mängd olika allmänna intressen.¹²² Domstolen argumenterade härvid att den aktuella inskränkningen inte påverkade näringsfrihetens kärna, eftersom den inte hindrade näringsidkaren från att bedriva näringsverksamhet, utan endast inskränkte vissa aspekter av hur den fick bedrivas.¹²³

¹¹⁶ Wahl, 2019 s. 275.

¹¹⁷ Wahl, 2019 s. 287.

¹¹⁸ C-283/11, *Sky Österreich*.

¹¹⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället.

¹²⁰ EUT C 303/17, Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna.

¹²¹ C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 p. 59.

¹²² C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 p. 45.

¹²³ C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28 p. 49.

Domstolens avvägning mellan ovan nämnda rättigheter gjordes således till nackdel för näringsfriheten. Enligt Wahl illustrerar domen ett grundläggande problem som återkommer när EU-domstolen tillämpar proportionalitetsbedömningar mellan näringsfriheten och andra rättigheter. Resonemanget bygger på att när lagstiftare inför tvingande regleringar till skydd för andra intressen eller grundläggande rättigheter, innebär detta automatiskt en begränsning av näringsfriheten.¹²⁴ Detta får konsekvensen att näringsfriheten generellt tillmäts otillräcklig betydelse vid proportionalitetsbedömningar mot andra rättigheter som således åtnjuter ett starkare rättsligt skydd.¹²⁵ Vidare argumenterar Wahl för att EU som lagstiftare har ett stort skönsmässigt bedömningsutrymme inom områden som kräver svåra ekonomiska, politiska och sociala avväganden. Detta leder till att EU-domstolen ogärna ogiltigförklarar sådana avväganden som lagstiftaren gjort om de inte är direkt felaktiga.¹²⁶

3.5.2 Scarlet och UPC

I fallet *Scarlet*¹²⁷ ställdes skyddet av upphovsrättsinnehavares immateriella rättigheter mot skyddet av näringsfrihet för en internetleverantör. För att skydda upphovsrättsinnehavarnas rättigheter skulle internetleverantören behöva upprätta ett tekniskt komplicerat och kostsamt system för filtrering av elektronisk kommunikation. Domstolen konstaterade att en skyldighet att för internetleverantören att vidta åtgärder för att förhindra spridning av upphovsrättsskyddat material är befogad, under förutsättning att åtgärden inte inskränker grundläggande fri- och rättigheter.¹²⁸ Skydd för immaterialrättsliga rättigheter angavs visserligen vara ett skyddsvärt område, men konsekvenserna för näringsfriheten bedömdes för stora. Upprättandet av ett sådant system skulle alltså vara allt för ingripande i internetleverantörens näringsfrihet, så till den grad att det skulle innebära en *allvarlig* kränkning av näringsfriheten.¹²⁹

I ett senare rättsfall, *UPC*¹³⁰, gjorde domstolen emellertid en annan bedömning när en liknande avvägning var föremål för prövning. Målet gällde en avvägning mellan upphovsrättsskydd och näringsfrihet. I rättsfallet skulle även här en internetleverantör behöva vidta komplicerade åtgärder som innebär stora kostnader i syfte att skydda upphovsrättsskyddat material. Domstolen konstaterade att näringsfriheten omfattar rätten att fritt disponera sina tekniska och ekonomiska tillgångar, men att detta begränsas av ansvaret företaget har för sina handlingar.¹³¹ Förelägganden som medför att ett företag måste vidta åtgärder som innebär en ekonomisk kostnad ansågs vidare vara en begränsning av företagens frihet att disponera sina tillgångar, och således också

¹²⁴ Wahl, 2019 s. 279.

¹²⁵ Wahl, 2019 s. 279.

¹²⁶ Wahl, 2019 s. 279.

¹²⁷ C-70/10, *Scarlet*, EU:C:2011:771.

¹²⁸ C-70/10, *Scarlet*, EU:C:2011:771 p. 47.

¹²⁹ C-70/10, *Scarlet*, EU:C:2011:771 p. 49.

¹³⁰ C-314/12, *UPC*, EU:C:2014:192.

¹³¹ C-314/12, *UPC*, EU:C:2014:192 p. 49.

en begränsning av näringsfriheten.¹³² Trots att de åtgärder som internetleverantören i fallet skulle bli tvungen att vidta både var mycket kostsamma, krävde avancerade tekniska lösningar och skulle ha en betydande inverkan på hur företaget bedrev sin verksamhet, menade domstolen i detta fall att det inte påverkade kärnan i näringsfriheten för internetleverantören.¹³³ Att ekonomiska aktörer kan bli föremål för att vidta sådana åtgärder i den utsträckning det inte strider mot näringsfrihetens kärna för den aktuella verksamheten har återupprepats i senare rättspraxis.¹³⁴ Även om sakomständigheterna i rättsfallen skiljer sig åt är det uppenbart att domstolen i båda fallen uppmärksammar att kostsamma administrativa och tekniska krav kan utgöra en inskränkning av näringsfriheten. Gränsen för när dessa utgör en inskränkning av kärnan i näringsfriheten tycks emellertid ha förskjutits genom senare rättspraxis.

3.5.3 Google Spain

*Google Spain*¹³⁵ handlade om sökmotorleverantören Googles skyldighet att radera vissa sökresultat som innebar behandling av personuppgifter. En sådan skyldighet skulle innebära ett långtgående ansvar för Google att vidta kostsamma tekniska åtgärder för att utreda och genomföra radering av sökresultat på begäran av registrerade (individer vars personuppgifter behandlas). Domstolen framhöll i målet att rätten till privatliv och skydd av personuppgifter i princip väger tyngre än Googles ekonomiska intresse tillsammans med allmänhetens intresse av tillgång till viss sökdata.¹³⁶ Beträffande skyddet av personuppgifter, som är en grundläggande frihet enligt rättighetsstadgan, har flera senare bedömningar gjorts där EU-domstolen tillmätt rätten till privatliv och skydd för personuppgifter stor betydelse.¹³⁷ Inte minst genom ”Schrems-målens”¹³⁸ ogiltigförklarande av beslut om adekvat skyddsnivå för överföring av personuppgifter för USA som inneburit stora ekonomiska konsekvenser för företag inom unionen såväl som i USA.¹³⁹

3.5.4 Vodafone

Fallet *Vodafone*¹⁴⁰ gällde huruvida EU genom artikel 114 FEUF kunde sätta en maxgräns för de avgifter en teleleverantör tog ut för samtal och dataanvändning utomlands. Frågan som domstolen skulle klargöra var huruvida EU hade kompetens att reglera ett företags prissättning. Domstolen konstaterade att prisreglering var tillåtet i det aktuella fallet eftersom det var sannolikt att medlemsstaterna annars skulle vidta egna lagstiftningar vilket skulle riskera

¹³² C-314/12, *UPC*, EU:C:2014:192 p. 50.

¹³³ C-314/12, *UPC*, EU:C:2014:192 p. 51.

¹³⁴ Förenade målen C-798/18 och C-799/18, *Anie och Athesia Energy m.fl.*, EU:C:2021:280 p. 63.

¹³⁵ C-131/12, *Google Spain och Google*, EU:C:2014:317.

¹³⁶ C-131/12, *Google Spain och Google*, EU:C:2014:317 p. 81.

¹³⁷ Rättighetsstadgan art. 8.1.

¹³⁸ C-362/15, *Schrems I*, EU:C:2015:650, C-311/18, *Schrems II*, EU:C:2020:559.

¹³⁹ DigitalEurope, *Shrems II Impact Survey Report* s. 3.

¹⁴⁰ C-58/08, *Vodafone*, EU:C:2010:321.

att fragmentera den inre marknaden.¹⁴¹ Det är ostridigt att EU har kompetens att prisreglera inom ramen för negativ integration, om en bestämmelse underminerar förverkligandet av den inre marknaden eller om ett agerande strider mot EU:s konkurrenslagstiftning. Wahl menar emellertid att det är uppenbart att en sådan generell kompetens som domen ger uttryck för är oförenlig med idén att EU bygger på principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens.¹⁴² En öppen marknadsekonomi förutsätter principen om utbud och efterfrågan, vilket statlig prisreglering av sin natur går emot. Således bör en sådan åtgärd enligt Wahl endast vidtas om det är absolut nödvändigt.¹⁴³

3.5.5 Alemo-Herron

I fallet *Alema-Herron*¹⁴⁴ gjordes en bedömning mellan anställdas rättigheter och näringsfriheten inom ramen för tolkning av ett överlåtelsedirektiv. I målet hade en privat aktör förvärvat en offentlig verksamhet. Anställningsavtalen som förvärvaren övertog innehöll en klausul som innebar att de anställdas kollektivavtal förhandlades fram av ett särskilt organ inom den offentliga sektorn, vilket innebar att förvärvaren inte kunde delta i förhandlingarna. EU-domstolen uppgav att syftet med det aktuella direktivet inte endast var att skydda arbetstagares rättigheter vid en överlåtelse, utan att det skulle råda balans mellan de anställdas och förvärvarens intressen.¹⁴⁵ Domstolen konstaterade vidare att näringsfriheten kan utgöra ett hinder mot nationell lagstiftning som inskränker den. Eftersom förvärvaren inte skulle ges möjlighet att påverka förhandlingarna av kollektivavtalen gjorde domstolen bedömningen att detta skulle innebära en inskränkning av förvärvarens avtalsfrihet i sådan utsträckning att det påverkar näringsfrihetens kärna.¹⁴⁶ Näringsfriheten gavs således i det aktuella fallet företräde framför anställdas rättigheter och den nationella implementeringen av direktivet. I förslag till avgörande i fallet elaborerar generaladvokat Cruz Villalón om näringsfrihetens roll och konstaterar att näringsfriheten drar gränsen för EU:s agerande "...inom ramen för dess roll som lagstiftare och verkställande makt, samt för medlemsstaterna när de tillämpar unionsrätten".¹⁴⁷ Cruz Villalón betonar vidare att näringsfriheten i unionsrätten skyddar initiativkraften och handlingsförmågan på marknaden, och utgör ett viktigt verktyg för att uppnå detta.¹⁴⁸

3.5.6 Aget Iraklis

I ett efterföljande rättsfall *AGET Iraklis*¹⁴⁹, ställdes näringsfriheten igen mot arbetstagares rättigheter och nationell implementering av ett EU-direktiv. Enligt grekisk lagstiftning var det obligatoriskt för arbetsgivare att söka tillstånd

¹⁴¹ C-58/08, *Vodafone*, EU:C:2010:321 p. 45–46.

¹⁴² Wahl, 2019 s. 281.

¹⁴³ Wahl, 2019 s. 281.

¹⁴⁴ C-426/11, *Alema-Herron m.fl.*, EU:C:2013:521.

¹⁴⁵ C-426/11, *Alema-Herron m.fl.*, EU:C:2013:521 p. 25.

¹⁴⁶ C-426/11, *Alema-Herron m.fl.*, EU:C:2013:521 p. 35.

¹⁴⁷ Cruz Villalón, C-426/11, *Alema-Herron m.fl.*, EU:C:2013:82 p. 50.

¹⁴⁸ Cruz Villalón, C-426/11, *Alema-Herron m.fl.*, EU:C:2013:82 p. 51.

¹⁴⁹ C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972.

från en myndighet för att genomföra kollektiva uppsägningar om förhandlingar med arbetstagarnas representanter inte lett någonstans. Grekisk domstol begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen huruvida denna reglering var förenlig med ett direktiv om kollektiva uppsägningar och den fria rörligheten för etablering och kapital. EU-domstolen bedömde att direktivet inte förbjöd en sådan typ av reglering men att frågan skulle bedömas utifrån artikel 49 FEUF om etableringsfrihet, eftersom uppsägningarna utfördes av ett bolag som ägdes av ett franskt företag.¹⁵⁰ Domstolen ansåg att den grekiska regleringen utgjorde ett hinder mot etableringsrätten eftersom den gjorde det mindre attraktivt att etablera sig på den grekiska marknaden.¹⁵¹ Domstolen resonerade att unionens mål med hänsyn till de fyra friheterna ska balanseras mot de mål som eftersträvas med socialpolitiken. Däribland att främja sysselsättningen och verka för bättre levnadsvillkor enligt artikel 151.1 FEUF.¹⁵² Efter en proportionalitetsbedömning konstaterades den grekiska regleringen stå i strid mot näringsfriheten. Under tiden för domen befann sig Grekland i en djup ekonomisk kris. Den omständigheten menade emellertid domstolen inte skulle vägas in som en faktor i bedömningen i det aktuella målet.¹⁵³ Wahl konstaterar i rollen som generaladvokat i förslag till avgörande av domen att "Europeiska unionen bygger på en öppen marknadsekonomi, vilket innebär att det måste stå företagen fritt att bedriva sin verksamhet som de finner lämpligt".¹⁵⁴ Han betonar också i förslaget till avgörande vikten av att i en ekonomisk krissituation motverka faktorer som riskerar att avskräcka företag från att investera eller på annat sätt minska den ekonomiska aktiviteten i landet, vilket domstolen också tog fasta på.¹⁵⁵

3.6 Sammanfattande kommentarer för kapitlet

Inom EU-rätten samlas en stor mängd målstadganden och grundläggande rättigheter. Det är oundvikligt att situationer uppkommer då dessa, många gånger motstridiga intressen, hamnar i konflikt. Det är då upp till EU:s lagstiftare och i slutändan EU-domstolen att hitta balansen mellan dessa, vilket bidrar till en organisk utveckling av EU-rätten. Kapitlet har redogjort för vad näringsfriheten innebär och dess betydelse för den inre marknaden. Det har även presenterats ett marknadsliberalt perspektiv på näringsfriheten, exemplifierat genom kommentarerna i anslutning till EU-domstolens rättspraxis.

EU-domstolens rättspraxis ger en något ambivalent bild av hur näringsfriheten tillämpats vid proportionalitetsbedömningar. I förhållande till arbetstagares rättigheter har näringsfriheten tillmätts stor vikt. Inom ramen för skydd av andra rättigheter har företag emellertid kunnat bli föremål för omfattande

¹⁵⁰ C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972 p. 83.

¹⁵¹ C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972 p. 56.

¹⁵² C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972 p. 77.

¹⁵³ C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972 p. 107.

¹⁵⁴ Wahl, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:429 p. 1.

¹⁵⁵ Wahl, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:429 p. 80.

inskränkningar som uppställer höga och kostsamma krav på näringsidkarens organisation, utan att det anses påverka näringsverksamhetens kärna.

4 AI inom EU – vägen till en förordning

4.1 Vad är artificiell intelligens?

Det existerar för nuvarande inte någon allmänt erkänd definition av AI, varken rättslig eller teknisk. Detta har flera förklaringar. Framför allt eftersom artificiell intelligens inte utgörs av en enhetlig teknik eller en specifik metod. AI som utvecklas idag involverar en mängd olika och överlappande metoder och tekniker.¹⁵⁶ Det går med andra ord inte att tala om ”en” artificiell intelligens. I stället kan vi se AI som ett paraplybegrepp som omfattar flera tekniker och metoder. En annan förklaring till svårigheten att hitta en gemensam definition är att AI är ett forskningsområde under ständig utveckling och förändring. Framför allt under de senaste åren har det skett omvälvande framsteg inom området. Dessa förändringar leder till att synen på artificiell intelligens och vad begreppet innefattar också förändras.¹⁵⁷

För att närma oss en i allmänhet accepterad beskrivning av artificiell intelligens kan man tala om mjukvara som kan efterlikna de kognitiva förmågor som vi normalt associerar med människor. Det innebär att mjukvaran har förmåga att självständigt lära sig av omvärlden, uppfatta och tolka information, analysera, dra slutsatser och på andra sätt hitta lösningar på problem och fatta beslut baserade på erfarenheter. För att bättre förstå sambandet mellan begreppen inom AI kan vi tänka oss ett Eulerdiagram där den yttersta cirkeln utgörs av det breda matematiska akademiska området datavetenskap. Inuti datavetenskapscirkeln hittar vi artificiell intelligens som utgör en underkategori av datavetenskapen. Inom begreppet artificiell intelligens finns det i sin tur ett antal underkategorier. Däribland maskininlärning, som i sin tur innehåller underkategorier, exempelvis djupinlärning, vilket i sin tur kan genomföras genom olika metoder och så vidare.¹⁵⁸ Artificiell intelligens är alltså ett brett och komplext område som rymmer mängder av tekniker och metoder.

Traditionellt skiljer man på olika typer av artificiell intelligens beroende på hur avancerad tekniken är. De två grundläggande kategorierna utgörs av svag och stark artificiell intelligens. Svag (ibland snäv) artificiell intelligens är begränsad till att utföra en specifik uppgift och är den typ av AI som vi ser och använder idag. Det finns flera exempel på svag artificiell intelligens där tekniken inom det begränsade området långt överträffar mänsklig förmåga. Stark AI å andra sidan syftar till en mer allmän form av artificiell intelligens som uppnår en nivå av intelligens motsvarande mänsklig intelligens. Stark AI kan således självständigt hantera problem som sträcker sig över flera ämnesområden och som kräver olika typer av kompetenser. Idag finns det inga AI-system som kan klassificeras som stark AI. Slutligen finns det också det som kallas artificiell superintelligens, som mer är det vi kanske associerar med

¹⁵⁶ Kempas (2023) s. 23.

¹⁵⁷ Larsson (2021) s. 85.

¹⁵⁸ Bartholmai, Tandon, Wan Koo (2020) s. 6956.

science fiction-bilden av AI och avser artificiell intelligens som överträffar den mänskliga intelligensen på alla områden.¹⁵⁹

AI tillämpas i dag inom olika områden. Inom hälsa och sjukvård utnyttjas AI för att analysera patientdata och upptäcka sjukdomar samt förbättra behandlingsmetoder. Inom finanssektorn tillämpas AI för att analysera och prognostisera marknadstrender. Inom industrin används AI för att automatisera processer och utföra arbetsuppgifter som tidigare krävde mänsklig inblandning. En omfattande användarbas nyttjar idag olika textgenereringsverktyg och chattprogram som är grundade på AI-teknik. Dessutom skapar bildgenereringsprogram realistiska bilder och konstverk med hjälp av artificiell intelligens. Röstassistenter såsom Siri och Alexa utnyttjar artificiell intelligens för taligenkänning, medan självkörande fordon använder AI för att analysera sin omgivning och navigera på vägarna.¹⁶⁰ Det finns således en stor mängd tjänster och produkter som använder tekniker som faller under paraplybegreppet artificiell intelligens som finns allmänt tillgängliga runtomkring oss.

4.2 EU:s strategi för artificiell intelligens

I kapitel 2.5 presenterades en bild av EU:s ambitioner för omställningen av den digitala inre marknaden. Mot bakgrund av det presenteras således AI-förordningen i en tid av aktiva förändringsåtgärder för kringliggande teknik. Förordningen har också föranletts av ett omfattande policyarbete från EU, inriktat på AI specifikt.

I början av 2018 lade kommissionen i ett meddelande fram en ”strategi för artificiell intelligens i Europa”.¹⁶¹ Meddelandet lanserade ett europeiskt initiativ för AI med tre huvudsakliga syften: att stärka EU:s tekniska och industriella kapacitet och verka för spridning av AI i ekonomin inom både den privata och offentliga sektorn; att förbereda för socioekonomiska förändringar som AI kommer att innebära genom insatser inom utbildning och på arbetsmarknaden; samt upprätta en rättslig ram för AI som bygger på EU:s grundläggande värderingar.¹⁶² Kommissionen konstaterade i meddelandet att Europa redan vid tidpunkten för publiceringen av meddelandet låg långt efter både Nordamerika och Asien vad gäller investeringar i AI.¹⁶³ Därför föreslogs bland annat initiativ för att främja ett mer investerarvänligt klimat inom unionen och öka offentliga finansieringar för utveckling av AI-teknik. Meddelandet informerade också om planerna att utfärda etiska riktlinjer för AI i syfte att föregå etiska problem som kan uppstå i samband med användning av

¹⁵⁹ Futute of Life Institute II.

¹⁶⁰ Europaparlamentet, *Vad är artificiell intelligens och hur används det?*

¹⁶¹ COM(2018) 237.

¹⁶² COM(2018) 237 s. 3.

¹⁶³ COM(2018) 237 s. 4.

AI-teknik.¹⁶⁴ Kommissionen enades även med medlemsländerna om en samordnad plan för att anpassa strategierna för AI.¹⁶⁵

I mitten av 2018 meddelade kommissionen att de tillsatt en expertgrupp för artificiell intelligens.¹⁶⁶ Gruppen, bestående av 52 experter från olika delar av näringslivet, akademien och civilsamhället, hade till syfte att belysa problem och tillhandahålla rekommendationer under arbetet med att ta fram ett regelverk för AI.¹⁶⁷ Expertgruppens arbete har hittills bland annat resulterat i en uppsättning etiska riktlinjer för tillförlitlig AI som presenterades 2019.¹⁶⁸ Riktlinjerna innehåller principer och ett ramverk för hur tillförlitlig AI kan skapas. Dessa riktlinjer bekräftades skulle vara vägledande för utformningen av rättsliga ramverk i meddelande från kommissionen.¹⁶⁹ Kraven utgår från följande sju faktorer:

- mänskligt agentskap och mänsklig tillsyn;
- teknisk robusthet och säkerhet;
- integritet och dataförvaltning;
- transparens;
- mångfald, icke-diskriminering och rättvisa;
- samhällets och miljöns välbefinnande; och
- ansvarsskyldighet.

Meddelandet efterföljdes av *Vitboken om artificiell intelligens – en EU-strategi för spetskompetens och förtroende*.¹⁷⁰ I vitboken gavs olika politiska förslag på lagstiftningsåtgärder för att driva på en investeringsorienterad lösning som både ökar användningen av AI inom unionen, samtidigt som riskerna förenade med teknikerna beaktas i tillräcklig utsträckning.¹⁷¹ I vitboken presenterades också idén att ta fram ett regelverk baserat på ”europeiska värden”, som anges i EU:s datastrategi. Däribland rätten till dataskydd, konsumentskydd och respekt för konkurrens på marknaden.¹⁷² Vidare betonades vikten av att innovationshöjande åtgärder vidas särskilt för små och medelstora

¹⁶⁴ COM(2018) 237 s. 3.

¹⁶⁵ COM(2018) 795.

¹⁶⁶ COM(2018) 795 s. 8.

¹⁶⁷ COM(2018) 795 s. 8.

¹⁶⁸ Kommissionens expertgrupp på hög nivå för AI-frågor, *Etiska riktlinjer för tillförlitlig AI*.

¹⁶⁹ COM(2019) 168 s. 3.

¹⁷⁰ COM(2020) 65.

¹⁷¹ COM(2020) 65 s. 1.

¹⁷² COM(2020) 66 s. 5.

företag. Bland annat genom investeringar och genom att särskilda digitala innovationsknutpunkter etableras i varje medlemsstat.¹⁷³ Vitboken angav också att framtida rättsliga ramverk för AI bör bidra till att skapa vad som benämns som ”ett ekosystem av förtroende” kring AI.¹⁷⁴ Konceptet utgår ifrån idén att användare, företag och investerare generellt är försiktiga med att ta sig an ny teknik, vilket leder till minskad användning och minskade investeringar som i sin tur hämmar spridningen av AI inom unionen.¹⁷⁵

Under utvecklingen av förslaget till AI-förordningen undersöktes ett antal politiska alternativ med olika grader omfattande reglering. Totalt fem förslag utvärderades som sträckte sig mellan ett helt och hållet frivilligt märknings-system, till ett totalövergripande förslag innehållande obligatoriska krav för samtliga AI-system, oavsett vilken risk de utgör.¹⁷⁶ Kommissionen utvärderade alternativen utifrån ekonomiska och samhällsliga konsekvenser, med särskild hänsyn till förenlighet med stadgan.¹⁷⁷ Efter utvärdering och samråd med aktörer och intressenter som antogs påverkas av förslaget landade förslaget i en slags mellanväg. Resultatet är en riskbaserad metod som innebär olika krav på AI-system beroende på vilken riskkategori de tillhör utifrån kriterier uppställda av kommissionen och uppförandekoder för system som tillhör en lägre riskkategori.¹⁷⁸ I april 2021 publicerade kommissionen slutligen förslaget om en lagstiftning på unionsnivå som harmoniserar reglerna för artificiell intelligens inom EU efter en offentlig samrådsprocess som ägde rum i mitten av 2020.¹⁷⁹

4.3 AI-förordningens syften och mål

Det viktigaste övergripande målet som förordningen ska uppnå är att säkerställa en väl fungerande inre marknad genom att skapa förutsättningar för utveckling och användning av tillförlitlig AI i unionen.¹⁸⁰ Detta ska förverkligas genom harmoniserade regler som skapar förutsättningar för utveckling, lansering och användning av produkter och tjänster som nyttjar AI-teknik.¹⁸¹ Förordningen ger därutöver uttryck för ett antal generella mål. Däribland att upprätta en rättslig ram och skapa ett ekosystem av förtroende för AI samt säkerställa att AI utvecklas med respekt för skyddet av etiska principer.¹⁸² Teknik som nyttjar AI förväntas bland annat användas för att förebygga skador, främja rättvisa och jämlikhet, förhindra diskriminering, respektera människors värdighet och autonomi och utvecklas med respekt gentemot

¹⁷³ COM(2020) 65 s. 7.

¹⁷⁴ COM(2020) 65 s. 3.

¹⁷⁵ COM(2020) 65 s. 10.

¹⁷⁶ AI-förordningen s. 9.

¹⁷⁷ AI-förordningen s. 9.

¹⁷⁸ AI-förordningen s. 9.

¹⁷⁹ AI-förordningen s. 7.

¹⁸⁰ AI-förordningen s. 6, 9, 81.

¹⁸¹ AI-förordningen s. 6, 9.

¹⁸² AI-förordningen s. 1 f.

rättighetsstadgan.¹⁸³ AI-förordningen anger vidare att AI-system som släpps ut på unionsmarknaden bör vara människocentrerade. Detta innebär att AI-teknik ska ha till syfte att utvecklas med människan i åtanke, med hänsyn till både hur tekniken används och vad den används för.¹⁸⁴

Utöver de generella syften som angivits ämnar förordningen också uppnå följande mål:

- ”Säkerställa att AI-system som släpps ut och används på unionsmarknaden är säkra och förenliga med befintlig lagstiftning om de grundläggande rättigheterna och unionens värden.
- Säkerställa rättssäkerhet för att underlätta investeringar och innovation för AI.
- Förbättra styrningen och säkra en effektiv kontroll av uppfyllandet av befintlig lagstiftning om de grundläggande rättigheterna och säkerhetskrav som är tillämpliga på AI-system.
- Främja utvecklingen av en inre marknad för lagliga, säkra och tillförlitliga AI-tillämpningar och förhindra marknadsfragmentering”.¹⁸⁵

4.4 AI-förordningens rättsliga grund

AI-förordningen arbetas fram i enlighet med EU:s ordinarie lagstiftningsförfarande och kommer i egenskap av förordning vara direkt tillämplig i samtliga av EU:s medlemsstater. Förslaget finner i första hand sin rättsliga grund i artikel 114 FEUF, som en åtgärd för att säkerställa funktionen av den inre marknaden.¹⁸⁶ Vissa delar av förordningen som rör skydd av personuppgifter stöds på artikel 16 FEUF.¹⁸⁷

För de områden förordningen träffar, som inte faller inom EU:s exklusiva befogenhet, motiverar kommissionen varför förslagets syfte uppnås bäst på unionsnivå enligt följande: AI kräver i regel stora och varierade dataset för träning och utveckling, vilket är svårt för enskilda medlemsstater att tillgodose. Åtgärder på nationell nivå skulle därför riskera att resultera i rättslig osäkerhet och en långsammare utveckling och spridning av AI på marknaden. Därutöver har vissa medlemsstater själva redan övervägt att vidta regulatoriska åtgärder för att styra utvecklingen AI-teknik. Sådana nationella initiativ skulle riskera att resultera i marknadsfragmentering och hindra fri rörlighet för

¹⁸³ AI-förordningen s. 2; Europaparlamentets resolution (2020/2012(INL)) p. 2.

¹⁸⁴ AI-förordningen s. 1.

¹⁸⁵ AI-förordningen s. 3.

¹⁸⁶ AI-förordningen s. 6.

¹⁸⁷ AI-förordningen s. 6.

produkter och tjänster som utnyttjar AI-teknologi, vilket skulle i sin tur försämra rättssäkerheten för utvecklare och användare av AI-system.¹⁸⁸

Kommissionen betonar vidare vikten av ett enhetligt regelverk på unionsnivå för att skapa en förutsebar, effektiv och harmoniserad inre marknad för AI inom unionen som kan öka investeringar och innovationskraft, samtidigt som risker förenade med teknikområdet beaktas i tillräcklig utsträckning. Dessutom menar kommissionen att det endast är genom åtgärder på unionsnivå som EU kan ha global påverkan inom området och uppnå digital suveränitet.¹⁸⁹

¹⁸⁸ AI-förordningen s. 6.

¹⁸⁹ AI-förordningen s. 6 f.

5 AI-förordningen – det föreslagna ramverket

5.1 Definitioner

Nedan följer ett antal definitioner av begrepp som är nödvändiga för förståelsen av AI-förordningens centrala artiklar.

System med artificiell intelligens (AI-system): ”Programvara som utvecklas med en eller flera av de tekniker och metoder som förtecknas i bilaga I och som, för en viss uppsättning människodefinierade mål, kan generera utdata såsom innehåll, förutsägelser, rekommendationer eller beslut som påverkar de miljöer som de samverkar med.”¹⁹⁰

Leverantör: ”En fysisk eller juridisk person, en offentlig myndighet, en byrå eller ett annat organ som utvecklar eller låter utveckla ett AI-system i syfte att släppa ut det på marknaden eller ta det i bruk i eget namn eller under eget varumärke, antingen mot betalning eller kostnadsfritt.”¹⁹¹

Användare: ”Varje fysisk eller juridisk person, offentlig myndighet, byrå eller annat organ som under eget överinseende använder ett AI-system, utom när AI-systemet används inom ramen för en personlig icke-yrkesmässig verksamhet.”¹⁹²

Avsett ändamål: ”Den användning för vilken ett AI-system är avsett av leverantören, inbegripet det specifika sammanhanget och de specifika användningsvillkoren, enligt specifikationerna i de uppgifter som tillhandahålls av leverantören i bruksanvisningen, reklam- eller försäljningsmaterial och uttalanden samt i den tekniska dokumentationen.”¹⁹³

Indata: ”Data som lämnas till eller förvärvas direkt av ett AI-system och som utgör den grund på vilken systemet producerar utdata.”¹⁹⁴

Utdata: Begreppet är inte definierat i AI-förordningen men kan förstås som det resultat ett AI-system genererar efter det behandlat eller bearbetat indata. Utdata kan presenteras som till exempel ett textmeddelande eller en uträkning.

¹⁹⁰ AI-förordningen art. 3 (1).

¹⁹¹ AI-förordningen art. 3 (2).

¹⁹² AI-förordningen art. 3 (4).

¹⁹³ AI-förordningen art. 3 (12).

¹⁹⁴ AI-förordningen art. 3 (32).

Marknadskontrollmyndighet: ”den nationella myndighet som utför aktiviteter och vidtar åtgärder enligt förordning (EU) 2019/1020”¹⁹⁵.¹⁹⁶ Förordningen gäller harmonisering av marknadskontroll av produkter i EU. Marknadskontrollmyndighet enligt förordningen avser den myndighet som ansvarar för att produkter som släpps ut på marknaden uppfyller säkerhetskrav och andra krav som fastställts i EU-lagstiftning.

Nationell tillsynsmyndighet: ”den myndighet som av en medlemsstat tilldelas ansvaret för genomförandet och tillämpningen av denna förordning, för samordningen av den verksamhet som anförtrots den medlemsstaten, för att fungera som gemensam kontaktpunkt för kommissionen och för att företräda medlemsstaten i den europeiska nämnden för artificiell intelligens.”¹⁹⁷

5.2 Angående förordningens definition av AI

Som angavs i kapitel 4.1 finns det flera faktorer som gör etableringen av en rättslig definition av AI utmanande. Definitionen måste vara flexibel nog att följa med i den tekniska utvecklingen och på samma gång vara precis nog för att ge rättssäkerhet och förutsebarhet för de som utvecklar och använder teknikerna.¹⁹⁸

AI-förordningens föreslagna definition ämnar vara framtidssäkrad och teknikneutral, vilket innebär att den ska följa teknikutvecklingen.¹⁹⁹ Förordningens metod för att uppnå detta är genom att definitionen hänvisar till bilaga I till förordningen som omfattar en förteckning över tekniker och metoder som automatiskt omfattas av definitionen. Förteckningen är en generellt hållen lista som omfattar ett brett spektrum av mjukvara. Som exempel omfattar bilagan ”Metoder för maskininlärning, inbegripet övervakad, oövervakad och förstärkt inlärning, med hjälp av en mängd olika tillvägagångssätt, inklusive djupinlärning”.²⁰⁰ Dessa tekniker har kommissionen, genom att anta delegerade akter om ändring av bilagan, möjlighet att uppdatera. Därigenom kan nya tekniker inkluderas och definitionen på så vis följa teknik- och marknadsutvecklingen.²⁰¹ Eftersom definitionen av AI-system avgör förordningens tillämpningsområde är det viktigt att den är framtidssäkrad för att förordningen inte snabbt ska bli obsolet.

¹⁹⁵ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2019/1020 av den 20 juni 2019 om marknadskontroll av produkter och om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/42/EG och kommissionens förordning (EG) nr 765/2008.

¹⁹⁶ AI-förordningen art. 3 (26).

¹⁹⁷ AI-förordningen art. 3 (42).

¹⁹⁸ COM(2020) 65 s. 18.

¹⁹⁹ AI-förordningen s. 3.

²⁰⁰ AI-förordningen bilaga I (a).

²⁰¹ AI-förordningen skäl 6.

5.3 Tillämpningsområde

Den föreslagna AI-förordningens 85 artiklar, kompletterade av nio bilagor, uppställer tillsammans ett regelverk för AI-system och aktörerna runt utveckling, användningen och tillhandahållandet av dessa. AI-förordningen har ett brett tillämpningsområde som träffar en stor mängd aktörer över den globala marknaden. Förordningen avser omfatta alla leverantörer som släpper ut AI-system på unionsmarknaden, oavsett om leverantören är etablerad inom unionen eller inte.²⁰² Förordningen gäller även för användare av AI-system när dessa befinner sig inom EU, samt leverantörer och användare av AI-system i tredjeland, när utdata som producerats används i unionen.²⁰³ Förordningen föreslås också gälla för EU:s institutioner, organ, kontor och byråer under förutsättning att användandet inte faller inom militära eller säkerhetspolitiska ändamål.²⁰⁴ Andra generella undantagsområden är AI-system som används eller utvecklas för militära ändamål, samt offentliga myndigheter i tredjeland som använder AI-system för avtal om brottsbekämpning med EU eller något av EU:s medlemsländer.²⁰⁵

AI-förordningen bygger på en så kallad riskbaserad metod som går ut på att leverantörer av AI-system själva utvärderar vilken riskgrupp deras AI-system faller under. Beroende på vilken risknivå ett AI-systemet tillhör medföljer därefter olika krav på systemet och leverantören av systemet. AI-förordningen skiljer huvudsakligen på tre riskkategorier: oacceptabel risk, hög risk och låg risk. System med låg risk träffas inte av den stora majoriteten av förordningens obligatoriska krav men har möjlighet att på frivillig basis följa uppförandekoder.²⁰⁶ System som utgör oacceptabel risk förbjuds uttryckligen av förordningen. Dessa är system som anses utgöra särskilt stora hot mot EU:s grundläggande värden.²⁰⁷ I förordningen tillhandahålls en förteckning över dessa förbjudna metoder. Det rör sig bland annat om system som subliminalt manipulerar personer, utnyttjar särskilt utsatta grupper eller utför skadlig social poängsättning.²⁰⁸ Den här uppsatsen fokuserar på kategorin av AI-system som utgör hög risk.

5.4 Klassificering av hög risk

AI-förordningen uppställer alltså krav utifrån vilken riskkategori ett AI-system tillhör. För system tillhörande högriskkategorin rör det sig om en stor mängd krav beträffande systemens utformande, transparenskrav, dokumentationskrav, säkerhetskrav och krav på mänsklig tillsyn. Dessa typer av AI-system är tillåtna att släppa ut på EU:s marknad under förutsättning att de är förenliga med förordningens bestämmelser och genomgår en

²⁰² AI-förordningen art. 2.1 (a).

²⁰³ AI-förordningen art. 2.1 (b-c).

²⁰⁴ AI-förordningen skäl 12.

²⁰⁵ AI-förordningen art. 2.3-4.

²⁰⁶ AI-förordningen art. 69.1, skäl 81.

²⁰⁷ AI-förordningen art. 5.

²⁰⁸ AI-förordningen art. 5.1 (a-c).

förhandsbedömning som bekräftar att kraven är uppfyllda.²⁰⁹ AI-systemets risknivå bedöms utifrån tekniken som används tillsammans med AI-systemets avsedda ändamål.²¹⁰

Av förordningen framgår att system som hänvisas till i punkterna 1-8 bilaga III automatiskt ska betraktas som högrisksystem.²¹¹ Dessa är system som redan idag har konstaterats innebära hög risk samt system vars risker förväntas förverkligas inom en snar framtid. Bilaga III omfattar följande: AI-system som är avsedda att användas för biometrisk identifiering och kategorisering av fysiska personer;²¹² förvaltning och drift av kritisk infrastruktur;²¹³ utbildning och yrkesutbildning;²¹⁴ sysselsättning, arbetsledning och tillgång till egenföretagande;²¹⁵ tillgång till och åtnjutande av grundläggande privata tjänster och offentliga tjänster och förmåner;²¹⁶ brottsbekämpning;²¹⁷ migrations-, asyl- och gränskontrollförvaltning samt rättsskipning och demokratiska processer.²¹⁸ Därutöver placeras ett AI-system automatiskt i högriskkategorin om AI-systemet är eller avses utgöra en säkerhetskomponent i en produkt som regleras av annan unionslagstiftning som hänvisas till i bilaga II.²¹⁹

Kommissionen har befogenhet att genom delegerade akter uppdatera bilaga III och inkludera nya beskrivningar som då automatiskt kategoriseras som hög risk. Förutsättningarna för detta är att ett AI-systemet ska vara avsett att användas inom någon av de områden som specificeras i punkterna 1-8 i bilaga III, samt innebära potentiellt hot mot hälsa och säkerhet eller risk för att grundläggande rättigheter påverkas negativt, med hänsyn till allvarlighetsgraden och sannolikheten för att negativ inverkan förverkligas. Riskerna ska vara likvärdig med eller överstiga riskerna för skada eller negativ påverkan som orsakas av de högrisksystem som redan omnämns i bilaga III.²²⁰ För att bedöma huruvida en risk likställs eller överstiger de redan omnämnda systemen ska kommissionen genomföra en samlad riskbedömning. Riskbedömningen ska beakta ett antal kriterier som följer av artikel 7.2 (a)-(h) i förordningen. Dessa kriterier inkluderar bland annat AI-systemets avsedda ändamål, sannolikhetsgraden för att skada eller negativ inverkan inträffar och hur många som i så fall riskerar att drabbas samt möjligheten för drabbade att ersättas för sina skador.

²⁰⁹ Se kapitel 5.8 för processen innan AI-system släpps ut på marknaden.

²¹⁰ AI-förordningen s. 13.

²¹¹ AI-förordningen art. 6.2.

²¹² Bilaga III p. 1.

²¹³ Bilaga III p. 2.

²¹⁴ Bilaga III p. 3.

²¹⁵ Bilaga III p. 4.

²¹⁶ Bilaga III p. 5.

²¹⁷ Bilaga III p. 6.

²¹⁸ Bilaga III p. 7-8.

²¹⁹ AI-förordningen art. 6.1 (a).

²²⁰ AI-förordningen art. 7.1 (a-b).

5.5 Riskhanteringssystem och krav på data

Det ska finnas ett riskhanteringssystem för AI-system med hög risk. Riskhanteringssystemet innebär att leverantören ansvarar för att genomföra regelbunden kontroll, dokumentation och utvärdering av riskerna som ett AI-system kan ge upphov till.²²¹ Efter att en bedömning gjorts ska åtgärder sedan vidtas beroende på de eventuella risker som identifierats.²²² Riskhanteringssystemet ämnar säkerställa att användaren eller andra berörda parter är säkra i samband med användandet av ett högrisksystem.²²³ Vilka typer av risker som konkret avses beaktas framgår emellertid inte av artikeln. Detta får således utläsas enligt skälen till förordningen som anger att AI-system åtminstone inte får utgöra en oacceptabel risk för viktiga allmänna intressen som skyddas av unionsrätten.²²⁴ Högrisksystem ska inte heller föra med sig betydande risker för hälsa, säkerhet eller de grundläggande rättigheterna.²²⁵

Processen att identifiera risker ska utgå från kända och förutsebara risker förbundna med systemet.²²⁶ Förordningen ger emellertid inga definitioner eller vägledning till vad ”känd”, ”förutsebar” eller ”risk” omfattar. Utvärderingen baseras således på en uppskattning av leverantören i det aktuella fallet. Riskbedömningsprocessen ska ske löpande under hela AI-systemets livscykel och anpassas utefter att behoven förändras.²²⁷

Om risker identifieras ska dessa följas upp av lämpliga riskhanteringsåtgärder.²²⁸ Riskhanteringsåtgärderna ska vara tillräckliga för att varje individuell risk som identifieras, samt den sammantagna bedömningen av den totala risken, är acceptabel då AI-systemet används som avsett. Hänsyn ska emellertid också tas till rimligen förutsebar felaktig användning.²²⁹ För risker som inte helt och hållet kan elimineras ska leverantören säkerställa att dessa minimeras.²³⁰ Tillräcklig information avseende risker med systemet ska också vid behov kommuniceras användaren. Hänsyn ska också tas till nivån av teknisk kunskap och erfarenhet som användarna av systemet kan förväntas ha.²³¹ I vissa fall kan det innebära att användaren ska genomgå utbildning innan användning av AI-systemet.²³² Riskhanteringssystemet ska enligt den föreslagna förordningen vara inrättat inom 24 månader efter förordningen trätt i kraft.²³³

²²¹ AI-förordningen art. 9.1-8.

²²² AI-förordningen art. 9.2 (d).

²²³ AI-förordningen skäl 42.

²²⁴ AI-förordningen skäl 27.

²²⁵ AI-förordningen s. 11.

²²⁶ AI-förordningen art. 9.2 (a).

²²⁷ AI-förordningen art. 9.2.

²²⁸ AI-förordningen art. 9.1-4.

²²⁹ AI-förordningen art. 9.4.

²³⁰ AI-förordningen art. 9.4 (b).

²³¹ AI-förordningen art. 9.4.

²³² AI-förordningen art. 9.4 (c).

²³³ AI-förordningen art. 85.2.

Om högrisksystem bygger på teknik som tränas genom data uppställs även krav på de dataset som används för träning, validering och testning av AI-systemet. Dessa krav innebär i korthet att dataseten ska vara omsorgsfullt utvalda för att uppfylla AI-systemets avsedda ändamål.²³⁴ Värt att notera är emellertid att det anges att tränings-, validerings- och testdataset som används bland annat ska vara felfria.²³⁵

5.6 Transparens, tillgänglighet, robusthet och noggrannhet

Vid utformningen av AI-system ska transparens beaktas. Detta innebär att AI-system med hög risk åtminstone ska utformas på ett tillräckligt transparent sätt för att leverantörerna ska kunna visa att de uppfyller skyldigheterna enligt förordningen.²³⁶ Transparenskraven gör också gällande att systemets drift och utdata ska kunna tolkas av användaren samt att denne ska tillhandahållas med användbar information om AI-systemets användningsområde och dess risker och begränsningar.²³⁷ Informationen ska presenteras på ett så enkelt sätt som möjligt. Konkret ska användare av högrisksystem tillhandahållas en bruksanvisning som ger kortfattad och tydlig information om bland annat systemets prestanda, dess ändamål, säkerhetsnivå och eventuella faror involverade med användande av systemet.²³⁸ Kravet på transparens är nära kopplat till kravet på mänsklig tillsyn.²³⁹ Detta krav innebär att AI-systemen ska utformas på ett sätt som gör att människor ska kunna ingripa och/eller förebygga risker som kan uppstå vid användandet. Beroende på systemets natur ska den mänskliga tillsynen utformas på ett sätt som lämpar sig därefter.²⁴⁰ I vissa fall kan det exempelvis vara lämpligt med något så enkelt som en ”stoppknapp” för att pausa driften av ett system.²⁴¹ Kravet på mänsklig tillsyn gör gällande att leverantören fullt ut ska förstå AI-systemets kapacitet och begränsningar för att kunna upptäcka och förhindra eventuella störningar eller fel.²⁴²

Utöver de krav som redogjorts för ovan har vissa typer av särskilt angivna AI-system ytterligare transparenskrav. Dessa krav gäller för AI-system som kan användas för att manipulera människor.²⁴³ Exempelvis teknik som skapar så kallade ”deepfakes” (ljud- eller videomaterial som syftar till att likna befintliga fysiska personer). Leverantörer ska därför utforma dessa AI-system

²³⁴ AI-förordningen art. 10.

²³⁵ AI-förordningen art. 10.3.

²³⁶ AI-förordningen art. 13.1.

²³⁷ AI-förordningen skäl 47.

²³⁸ AI-förordningen art. 13.2 (a)-(e).

²³⁹ AI-förordningen art. 14.1.

²⁴⁰ AI-förordningen art. 14.4.

²⁴¹ AI-förordningen art. 14.4 (e).

²⁴² AI-förordningen art. 14.4 (a).

²⁴³ AI-förordningen art. 52.1.

på så sätt att det blir tydligt för användaren att den interagerar med ett AI-system och inte luras till att tro att det är en fysisk person.²⁴⁴

Vidare uppställs krav på att AI-system ska utformas på sätt som gör systemen robusta och säkra.²⁴⁵ Systemen ska vara pålitliga och konsekventa och vara beskaffade med tekniska lösningar som upprätthåller en hög nivå av noggrannhet och tillförlitlighet. De ska även uppnå en lämplig nivå av cybersäkerhet, vilket innebär att de ska vara skyddade mot obehöriga intrång och andra attacker från tredje parter.²⁴⁶

5.7 Teknisk dokumentation

Det uppställs även krav på att leverantören av högrisksystem ska upprätta och upprätthålla teknisk dokumentation över AI-systemet. Dokumentationen ska finnas på plats innan systemet tas i bruk eller släpps ut på marknaden och ska innehålla information som visar att övriga krav som förordningen uppställer för AI-systemet är uppfyllda. Syftet med detta är att underlätta kontroll av leverantörens överensstämmelse med förordningen för nationella behöriga myndigheter, eller andra organ med befogenhet att genomföra sådana granskningar.²⁴⁷ Specifikationer för de obligatoriska krav på vad den tekniska dokumentationen ska innehålla framgår av bilaga IV till förordningen. Kommissionen har även här, med vissa förbehåll, befogenhet att anta delegerade akter som ändrar bilagans innehåll för att följa den tekniska utvecklingen.²⁴⁸ Utöver en beskrivning av leverantören och systemets ändamål ska informationen ge en utförlig beskrivning av komponenterna i AI-systemet och processen för dess utveckling. Den tekniska dokumentationen ska också innehålla en beskrivning av AI-systemets algoritmer och dess allmänna logik. Kravet på dokumentation innebär också att leverantören ska tillhandahålla detaljerade uppgifter om hur systemet uppfyller förordningens krav på mänsklig tillsyn och hur AI-systemet underlättar användarens tolkning av systemet.²⁴⁹

Dokumentationskravet innefattar vidare en skyldighet att hålla dokumentationen uppdaterad och beskriva eventuella ändringar som görs av systemet för att kontrollera dess kontinuerliga följsamhet med förordningen. Leverantörer av högrisksystem ska också kunna redovisa en plan för hur de planerar att övervaka och kontrollera att AI-systemet fortsätter vara i linje med förordningen efter det släppts ut på marknaden.²⁵⁰ AI-systemet i sig ska dessutom utformas på ett sätt som möjliggör automatisk loggning vilket innebär att driften av AI-systemet kan spåras i proportionerlig mängd med hänsyn till

²⁴⁴ AI-förordningen art. 52.3.

²⁴⁵ AI-förordningen art. 15.1.

²⁴⁶ AI-förordningen art. 15.4.

²⁴⁷ AI-förordningen art. 11.1.

²⁴⁸ AI-förordningen art. 11.3, 73.1.

²⁴⁹ Bilaga IV p. 3.

²⁵⁰ AI-förordningen art. 61.3.

systemets avsedda ändamål.²⁵¹ Leverantören ska därtill upprätta ett system för övervakning som samlar in, dokumenterar och analyserar data om hur AI-systemet presterar under hela dess livscykel.²⁵²

5.8 Kvalitetsstyrningssystem

Leverantörer av högrisksystem ska också inrätta ett ”kvalitetsstyrningssystem” som ska garantera att förordningens krav uppfylls.²⁵³ Kvalitetsstyrningssystemet fungerar som ett styrdokument för leverantörens efterlevnad av förordningen. Det ska utformas skriftligt på ett systematiskt och ordnat sätt och inkludera ett antal aspekter beträffande leverantörens strategi för efterlevande av förordningen, AI-systemets tekniska utformning och ett ramverk för ansvarsutkrävande bland fysiska personer för de områden som kvalitetsstyrningssystemet omfattar. Kvalitetsstyrningssystemet ska upprättas i proportion till storleken på leverantörens organisation.²⁵⁴

För att ge en rättvis bild av dess omfattning följer här en fullständig redogörelse över de komponenter som kvalitetsstyrningssystemet ska innehålla: de åtgärder leverantören vidtar för att följa förordningen; metoderna som används för utformningen av högrisksystemet; tekniska specifikationer och standarder som tillämpas; uppgifter om hur data hanteras, bland annat hur den samlas in, analyseras, sorteras, lagras utvinns, filtreras och lagras; de metoder som planeras att användas för att säkerställa systemets framtida efterlevnad av förordningen; på vilket sätt och med vilken frekvens som kontroll av förenlighet ska genomföras; riskhanteringssystemets utformning; hur leverantören planerar att övervaka systemet efter det släppts ut på marknaden; en strategi för kommunikation med berörda myndigheter; hur arkivering av relevant dokumentation ser ut; leverantörens försörjningstrygghet samt vem eller vilka inom organisationen som bär ansvar för ovan nämnda områden.²⁵⁵

5.9 Förenlighetsbedömning innan utsläppande på marknaden

Leverantörer av AI-system med hög risk är skyldiga att säkerställa att deras produkter genomgår en intern bedömning av överensstämmelse innan de släpps ut på marknaden eller tas i bruk. Bedömningen av överensstämmelse kan baseras antingen på antagande av harmoniserade standarder eller, vid avsaknad av dessa, genom förenlighet med särskilda tekniska specifikationer som kommissionen utfärdar.²⁵⁶ Avsteg från följsamhet med de särskilda tekniska specifikationerna kan göras om leverantören på ett tillfredsställande sätt

²⁵¹ AI-förordningen art. 12.

²⁵² AI-förordningen art. 61.2.

²⁵³ AI-förordningen art. 17.1.

²⁵⁴ AI-förordningen art. 17.2.

²⁵⁵ AI-förordningen art. 17.1 (a)-(m).

²⁵⁶ AI-förordningen art. 43.1.

motiverar och visar att de vidtagit likvärdiga tekniska lösningar.²⁵⁷ Saknas tillämpliga harmoniserande standarder och särskilda tekniska specifikationer har leverantören möjlighet att genomföra en bedömning av överensstämmelse baserad på ett förfarande som sätts ut i bilaga VII.²⁵⁸ Bedömningen sker då under kontroll av särskilda anmälda organ²⁵⁹ som granskar leverantörens kvalitetsstyrningssystem och tekniska dokumentation.²⁶⁰ Om AI-systemet ändras eller uppdateras i väsentlig utsträckning ska leverantören genomföra ett nytt förfarande för bedömning av överensstämmelse med förordningen.²⁶¹ Under en begränsad tid kan särskilda undantag göras från bedömningen av överensstämmelse på initiativ av en marknadskontrollmyndighet inom en berörd medlemsstats territorium under förutsättning att det är fråga om exceptionella skäl hänförliga till vissa allmänna intressen.²⁶²

När AI-systemets konformitet med kraven i förordningen har bekräftats genom en bedömning av överensstämmelse, måste leverantören upprätta en skriftlig EU-försäkran om överensstämmelse.²⁶³ En sådan försäkran ska innehålla information om att det aktuella AI-systemet uppfyller kraven i förordningen och att nödvändiga bedömningsåtgärder för att verifiera detta genomförts. Därutöver krävs också att leverantören anbringar en CE-märkning om överensstämmelse på AI-systemet.²⁶⁴

Slutligen måste ett högrisksystem innan det tas i bruk eller släpps ut på marknaden registreras i en särskild databas som kommissionen förfogar över.²⁶⁵ Databasen kommer vara offentlig vilket innebär att det kommer vara möjligt för privatpersoner, företag, myndigheter och övriga intressenter att granska huruvida AI-systemet uppfyller kraven i förordningen.²⁶⁶ Det adderas följaktligen en dimension av offentlig kontroll av AI-systemen. Det är ett antal uppgifter som ska lämnas in i samband med registreringen i databasen, vilka framgår av bilaga VIII till förordningen. Däribland kontaktuppgifter till leverantören, beskrivning av AI-systemets syfte, i vilka medlemsstater AI-systemet har gjorts tillgängligt, en kopia av den bekräftelse på överensstämmelse som nämnts ovan samt bruksanvisningar för AI-systemet.²⁶⁷

²⁵⁷ AI-förordningen art. 41.4.

²⁵⁸ AI-förordningen art. 43.1.

²⁵⁹ Oberoende tredje parter med uppdrag att kontrollera överensstämmelse med förordningen för högrisksystem.

²⁶⁰ AI-förordningen bilaga VII p. 2.

²⁶¹ AI-förordningen art. 43.4.

²⁶² AI-förordningen art. 47.1.

²⁶³ AI-förordningen art. 48.

²⁶⁴ AI-förordningen art. 49.

²⁶⁵ AI-förordningen art. 51.

²⁶⁶ AI-förordningen art. 60.3.

²⁶⁷ AI-förordningen bilaga VIII p. 1-12.

5.10 Kontroll och överträdelser av förordningen

AI-förordningen föreslår mycket höga administrativa sanktionsavgifter för överträdelser av förordningen. Om en leverantör lämnar vilseledande eller felaktig uppgifter när nationella myndigheter begär information kan det medföra sanktionsavgifter upp till 10M EUR eller 2% av leverantörens globala årsomsättning beroende på vad som är högst.²⁶⁸ Om en leverantör bryter mot bestämmelserna i artikel 5 och artikel 10, det vill säga släpper ut förbjudna tillämpningar av AI på marknaden alternativt bryter mot reglerna för data och dataförvaltning kan administrativa sanktionsavgifter utfärdas baserat på det högre beloppet av 30M EUR och 6% av leverantörens globala årsomsättning.²⁶⁹ För övrig bristande efterlevnad av förordningen kan administrativa sanktionsavgifter om 20M EUR alternativt 4% av en leverantörs globala årsomsättning påkallas.²⁷⁰ Storleken på de administrativa sanktionsavgifterna avgörs utifrån relevanta omständigheter i varje enskilt fall. Faktorer som ska tas hänsyn till är allvarlighetsgraden av överträdelsen, dess konsekvenser, huruvida andra sanktionsavgifter redan utfärdats av andra marknadskontrollmyndigheter för samma överträdelse samt hur stor marknadsandel den som begår överträdelsen har.²⁷¹ Särskild hänsyn ska också tas till huruvida det rör sig om ett litet eller nystartat företag. Syftet med sanktionsavgifterna är att de ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande.²⁷² Det är upp till medlemsstaterna att besluta om vilka eller vilket organ som har befogenhet att besluta om sanktionsavgifter.²⁷³

Om det inträffar allvarliga incidenter eller funktionsstörningar i ett AI-system efter systemet släppts ut på marknaden måste leverantören omedelbart rapportera dessa till marknadskontrollmyndigheterna i den eller de medlemsstater där incidenten inträffat efter leverantören kunnat härleda incidenten till AI-systemet.²⁷⁴ Allvarliga incidenter avser sådana incidenter som direkt eller indirekt kan orsaka dödsfall, skada på fysiska personers hälsa, egendom, miljö eller allvarliga störningar eller skador på kritisk infrastruktur.²⁷⁵ Inom ramen för sitt uppdrag att kontrollera förenlighet med förordningen kan marknadskontrollmyndigheterna bland annat berättigas tillgång till dataset som en leverantör använder för att testa och utveckla ett AI-system.²⁷⁶ Om det är motiverat för att kontrollera huruvida ett AI-system uppfyller de krav som förordningen ställer på högrisksystem kan marknadskontrollmyndigheterna även begära tillgång till ett AI-systems källkod.²⁷⁷

²⁶⁸ AI-förordningen art. 71.5.

²⁶⁹ AI-förordningen art. 71.3.

²⁷⁰ AI-förordningen art. 71.4.

²⁷¹ AI-förordningen art. 71.6 (a-c).

²⁷² AI-förordningen art. 71.1.

²⁷³ AI-förordningen art. 71.8.

²⁷⁴ AI-förordningen art. 62.1.

²⁷⁵ AI-förordningen art. 3 (44.).

²⁷⁶ AI-förordningen art. 64.1.

²⁷⁷ AI-förordningen art. 64.2.

5.11 Åtgärder till stöd för innovation

Förordningen etablerar ett antal bestämmelser som syftar till att stötta innovationskraften för de leverantörer som träffas av förordningen. Bestämmelserna består av stöd till mindre och medelstora leverantörer och etablering av ”regulatoriska sandlådor för AI”.²⁷⁸ Förordningen beslutar också om inrättandet av en europeisk nämnd för artificiell intelligens bestående av de nationella tillsynsmyndigheterna och europeiska datatillsynsmannen som ska ha till uppgift att bistå de nationella tillsynsmyndigheterna genom vägledningar och rekommendationer för tillämpningen av förordningen.²⁷⁹

Regulatoriska sandlådor avser en testmiljö som kan upprättas av behöriga myndigheter där leverantörer kan utveckla och utvärdera AI-system under vägledning i en kontrollerad miljö. De regulatoriska sandlådorna syftar delvis till att främja utvecklingen av nya AI-system genom att tillhandahålla en säker testmiljö för innovation, men även till att behöriga myndigheter ska kunna kontrollera att AI-systemen är i linje med förordningen innan de tas i bruk eller släpps ut på marknaden.²⁸⁰ De regulatoriska sandlådorna ska vidare förbättra de behöriga myndigheternas förståelse för fördelarna, riskerna och effekterna av systemen och undanröja hinder för små och medelstora företag för att dessa ska beredas tillgång till marknaden.²⁸¹ De mer konkreta formerna och villkoren för de regulatoriska sandlådorna är emellertid avhängiga genomförandeakter som antas av kommissionen.²⁸²

Förordningen vill vidare, genom åtgärder för småskaliga leverantörer och uppstartsföretag, säkerställa att dessa inte påverkas negativt i oproportionerlig utsträckning av förordningens krav. Exempelvis genom tillhandahållandet av stödverktyg för att hjälpa dem uppfylla förordningens krav utan att det ska innebära oproportionerliga kostnader. Vidare ska småskaliga leverantörer ges prioriterad åtkomst att använda de regulatoriska sandlådorna.²⁸³ Företagets storlek ska också beaktas när eventuella sanktionsavgifter utfärdas.²⁸⁴ Medlemsstaterna uppmuntras att vidta åtgärder för att bidra med kunskapshöjande åtgärder för att underlätta tillämpningen av förordningen.²⁸⁵ Däribland genom att tillhandahålla ”en särskild kanal till information” och vägledning särskilt anpassad till småskaliga leverantörer.²⁸⁶

²⁷⁸ AI-förordningen art. 53.1, 55.1.

²⁷⁹ AI-förordningen art. 58.

²⁸⁰ AI-förordningen skäl 72.

²⁸¹ AI-förordningen skäl 72.

²⁸² AI-förordningen art. 53.6.

²⁸³ AI-förordningen art. 55.1 (a).

²⁸⁴ AI-förordningen s. 10.

²⁸⁵ AI-förordningen art. 55.1 (b).

²⁸⁶ AI-förordningen art. 55.1 (c).

5.12 Näringslivets mottagande av förslaget

Mottagandet av själva initiativet att på EU-nivå genomdriva en förordning som reglerar AI har generellt sett varit positivt.²⁸⁷ Detsamma kan emellertid inte sägas om näringslivets mottagande av förordningens materiella innehåll. Röster från näringslivet har uttryckt att det finns stor risk att förordningen kan ha en negativ inverkan på EU:s globala konkurrenskraft för produkter och tjänster som nyttjar AI-teknik.²⁸⁸ Det finns även oro för att förordningen reglerar olika typer av tekniker, snarare än att fokusera på undvikandet av de negativa konsekvenser som AI-teknik kan ge upphov till.²⁸⁹

Kritik har vidare berört hur förordningen definierar system med hög risk. Även om förordningen ger exempel på olika typer av system som kan utgöra hög risk, ges ingen tydlig metodik för organisationer att själva bedöma huruvida system de använder eller utvecklar i framtiden kommer bedömas vara högrisksystem. Detta innebär en osäkerhet för individuella utvecklare så väl som för investerare vilket riskerar att skada främjandet av utvecklande och användande av AI ur ett bredare perspektiv.²⁹⁰ Dessutom uttrycks oro för att det råder osäkerhet kring vilka tekniker och tillvägagångssätt som kan vara aktuella för framtida reglering, eftersom metoden som förordningen föreslår – att löpande uppdatera bilagan med tekniker som faller inom förordningen – riskerar att leda till godtycklighet och partiskhet i vilka tekniker som inkluderas.²⁹¹ Därtill har kritik anförts kring att förordningen uppställer orealistiskt höga krav på data för träning av AI-system.²⁹²

Oro har också uttryckts över det faktum att efterlevnad av förordningen förutspås innebära betydande administrativa bördor, vilket leder till stora kostnader. Särskilt för mindre företag som inte har ekonomiska resurser att anlita personal för att upprätta och upprätthålla de administrativa kraven riskerar kraven att bli särskilt drabbande. Detta riskerar i sin tur att missgynna nya innovativa företag och snedställa AI-marknaden till fördel för större företag med tillräckliga ekonomiska resurser att möta de administrativa kraven. Här tillkommer även den administrativa processen för godkännandet av överensstämmelse för högrisksystem. Denna process förutspås bli tidskrävande och innebära stort administrativt arbete vilket riskerar att skapa en flaskhals-effekt för utvecklare. Detta kan vara särskilt drabbande för företag under en tidpunkt där det i princip råder kapplöpning för utveckling inom branschen där skyndsamt och flexibilitet kan vara avgörande faktorer.²⁹³ Uppskattningar har

²⁸⁷ AI-förordningen s. 8.

²⁸⁸ AI Sweden s. 2; Svenskt Näringsliv s. 1; Digital SME Alliance s.1

²⁸⁹ AI Sweden s. 2.

²⁹⁰ AI Sweden s. 2.

²⁹¹ AI Sweden s. 2; Swedsoft s. 7.

²⁹² Swedsoft s. 6; Wikimedia s. 2.

²⁹³ IT & Telekomföretagen s. 3; Digital SME Alliance s.1.

gjorts från näringslivet som förutspår att AI-förordningen riskerar att leda till en minskning av investeringar i AI inom EU med uppemot 20 procent.²⁹⁴

Kritik har även lyfts fram mot upprättandet av databasen för AI-system som kommissionen kommer att tillhandahålla. I kombination med inrättandet av EU:s AI-nämnd ges EU stor möjlighet att övervaka och kontrollera utveckling och satsningar inom näringslivet. Det finns även en oro över det faktum att databasen där AI-system registreras kommer att finnas öppen för allmänheten. Eftersom databasen kommer att innehålla mycket information om AI-systemet, bland annat dess syfte, innebär det en nivå av transparens som inte är önskvärd för många utvecklare.²⁹⁵

²⁹⁴ Center for Data Innovation s. 3.

²⁹⁵ IT & Telekomföretagen s. 3.

6 AI-förordningen och säkerställandet av en väl fungerande inre marknad för AI

Syftet med denna uppsats är att undersöka om och i sådant fall hur kommissionens förslag till AI-förordning säkerställer en väl fungerande inre marknad för AI, utifrån premissen att en marknadsliberal näringsfrihet utgör en viktig del av detta. Uppsatsen har hittills redogjort för grundstrukturen av EU:s inre marknad och målen för dess digitala omställning. Därefter presenterades näringsfrihetens roll i förverkligandet av den inre marknaden, med fokus på ett marknadsliberalt perspektiv, vilket efterföljdes av en genomgång av AI-förordningens huvudsakliga materiella innehåll och dess mottagande inom näringslivet. Med bakgrund av det ovanstående ämnar detta kapitel besvara uppsatsens frågeställningar – Vad utgör en väl fungerande inre marknad för AI samt om, och i sådant fall hur säkerställer den föreslagna AI-förordningen en sådan?

För att bäst besvara frågeställningarna är kapitlet uppdelat i fyra delar. Först undersöks vad som avses med en väl fungerande inre marknad för AI baserat på materialet som uppsatsen redogjort för. Därefter förs en diskussion kring AI-förordningens materiella innehåll och dess effekt på leverantörerna av AI-system. Utifrån detta diskuteras sedan hur AI-förordningen kan anses säkerställa en väl fungerande inre marknad för AI. Slutligen ges några avslutande reflektioner.

6.1 En väl fungerande inre marknad för AI

Åtgärderna som vidtas inom ramen för förverkligandet av den inre marknaden ska anpassas efter samhällsförändringar och teknisk utveckling. Detta är nödvändigt för att den inre marknaden ska fortsätta att bidra till att upprätthålla EU:s globala konkurrenskraft och driva på ekonomisk tillväxt inom unionen. EU:s metod för att möta de pågående förändringar som vi nu ser inom teknikområdet demonstreras genom strategin för den digitala inre marknaden. Viktiga mål inom denna omställning är en ökad tillgång till och goda förutsättningar för utveckling av digitala varor och tjänster samt maximering av tillväxtpotentialen i EU:s digitala ekonomi. Åtgärderna som vidtas för förverkligandet av den inre marknaden ska vidare ta hänsyn till EU:s större, övergripande mål. Härvid har EU uttryckt en ambition att inta en ledande roll i utvecklingen av AI.²⁹⁶ Konkret vill EU se en dramatisk ökning av användandet av AI-teknologi inom unionen och dubbelt så många snabbväxande högteknologiska företag inom en snar framtid. Detta innebär att åtgärder måste vidtas snabbt.

²⁹⁶ COM(2018) 237 s. 19.

Det räcker emellertid inte *att* åtgärder vidtas. Dessa måste vara effektiva i att uppnå sina ändamål. EU har återkommande uttryckt att förutsättningar för att uppnå dessa mål tar avstamp i utveckling och innovation. Detta återspeglas inte minst genom AI-förordningens primära syfte som indikerar att en väl fungerande inre marknad bygger på att skapa gynnsamma förutsättningar för utveckling och användning av AI.

Utveckling och användande av AI är sammanbundna och främjar ömsesidigt varandra. Med andra ord, ökad utveckling av AI leder till ökad användning och vice versa. För att stimulera initial utveckling krävs emellertid investeringar, vilka utgör fundament för både utveckling och användning. Ett investeringsvänligt klimat bygger i sin tur på investerarnas tilltro till att företag har förmågan och friheten att förverkliga sina produkter och tjänster, och på så vis skapa värde. Avgörande för att skapa de rätta förutsättningarna för dessa tre områden – investering, utveckling och användning – är det rättsliga ramverket. Det rättsliga ramverkets roll bör således vara att skapa goda förutsättningar för investeringar och innovation. Detta behöver inte förringa faktumet att lagstiftningen samtidigt kan värna om andra skyddsvärda intressen, så länge det inte utgör ett hinder mot dessa grundläggande förutsättningar för en effektiv marknad.

Näringsfriheten spelar en viktig roll i att främja detta. EU-domstolen har i modern rättspraxis dessvärre demonstrerat en något innovationsfientlig ram för under vilka förutsättningar näringsfriheten kan inskränkas till fördel för andra rättigheter. I synnerhet gällande omfattningen av de åtgärder företag kan bli ålagda att vidta utan att de påverkar kärnan av näringsfriheten för dessa. Inskränkningar av näringsfriheten påverkar förutsättningarna inom den inre marknaden. Att lagstiftningsåtgärder inskränker näringsfriheten betyder emellertid inte automatiskt att det uppställs absoluta hinder för en väl fungerande marknad. Inom kontexten för ett område som är beroende av aktiv teknisk utveckling på initiativ av näringsidkare bör det emellertid ske med synnerligen stor varsamhet. Beaktat de ökade harmoniseringsåtgärder som EU vidtagit under senare år, är det nödvändigt att EU-domstolen intar en aktiv roll för att försvara näringsfriheten och ifrågasätta lagstiftarens avväganden, när dessa blir alltför ingripande.

Vad innebär då en väl fungerande marknad för AI? Beaktat syftet med AI-förordningen och EU:s mål för AI och den digitala inre marknaden präglas en väl fungerande inre marknad för AI särskilt av möjligheter för företag att öka sin innovationskraft och tekniska utveckling. Detta möjliggörs genom investeringar varför ett investeringsvänligt klimat också får betraktas som en viktig del i en väl fungerande inre marknad för AI.

6.2 AI-förordningen – en språngbräda för innovation?

Med hänsyn till den snabba pågående tekniska utvecklingen, bör ökad harmonisering inom det digitala området generellt sett anses vara fördelaktigt. Den digitala marknaden, inklusive AI-teknologi, medför både möjligheter och risker som kräver enhetliga regler. En fragmenterad marknad där företag måste anpassa sig till olika nationella regelverk är varken administrativt eller ekonomiskt fördelaktigt. Genom att erbjuda en enhetlig och innovationsdriven marknad för AI-utveckling kan EU både etablera ett investeringsvänligt klimat och attrahera kompetens från den globala marknaden, vilket kan stärka EU:s position inom den globala digitala ekonomin. Hur balanseras då förordningens krav i relation till detta?

6.2.1 Osäkerhetsfaktorn och den administrativa bördan

Kommissionen gör själva gällande att förordningens bestämmelser inte är alltför detaljerade.²⁹⁷ Vagheten och bristen på förutsebarhet utgör enligt mig ett återkommande problem i flera av förordningens bestämmelser vilket riskerar att leda till en osäkerhet för leverantörerna och öka kostnaderna för administration och efterlevnad av förordningen. Här kan förordningens föreslagna definition för AI-system ges som exempel. Förordningen avser reglera AI, men ger ingen egentlig förklaring till vad detta innebär, utöver att teknik som refereras till i bilagan används. Den framtidssäkrade aspekten tycks fullständigt vara avhängig framtida inkorporering av tekniker till bilagan men saknar vägledning kring vilka faktorer som kommer vara relevanta för en sådan bedömning, varför det i stället skapar osäkerhet. Förutsebarhet är viktigt för att utvecklare och investerare ska vara trygga att besluta om stora och långsiktiga satsningar på området. Osäkerhet i något så grundläggande som förordningens materiella tillämpningsområde riskerar således att minska viktiga investeringar och initiativ.

För AI-system som utgör låg risk uppställer AI-förordningen i teorin inga omfattande krav. Eftersom kommissionen har långtgående möjlighet att uppdatera bilagan med vilka system som faller under högriskkategorin, kommer många leverantörer emellertid ändå behöva vara förberedda på att ett AI-system som de tillhandahåller idag, i framtiden kan klassificeras som hög risk. I praktiken finns det därför anledning att anta att även leverantörer av system som enligt förordningens nuvarande definition inte utgör hög risk kommer behöva utforma sin verksamhet med hänsyn till förordningens krav. Vidare är de regler som kommissionen har att förhålla sig till när genomförandeakter för tillägg i bilagan antas vaga, och ger utrymme för skönsmässiga bedömningar. Eftersom kommissionen kommer ha insyn i samtliga leverantörers AI-system genom dokumentationen för efterlevnad och de regulatoriska sandlådana finns en risk för att kommissionen kan använda bilagan för högrisksystem på ett sätt som orättvist inriktar sig på utvalda leverantörer. Det hade

²⁹⁷ AI-förordningen s. 7.

varit lämpligt av kommissionen att exempelvis offentliggöra de bedömningar kring AI-systemen som idag föreslås inkluderas i bilagan, för att därigenom tillhandahålla mer konkreta och transparenta förhållningspunkter kring hur bedömningen av hög risk görs.

Detsamma är relevant för riskhanteringssystemet som ska utformas i syfte att uppnå en acceptabel risknivå med hänsyn till alla kända och förutsebara risker för ett aktuellt AI-system. Eftersom förordningen reglerar teknik som i stor utsträckning är helt ny, kommer det sannolikt finnas flera risker som inte är kända eller förutsebara för leverantören. Förordningen behöver därför tydligare angivelser för vilka konkreta moment den som ansvarar för riskhanteringssystemet behöver förhålla sig till för att kunna avgöra vilka risker som kan vara aktuella. Många av nyckelorden i artiklarna saknar även här tydliga definitioner och riktlinjer. Kriterier för vad som exempelvis utgör en acceptabel risk framgår inte av förordningen vilket lämnar förutsättningarna för riskhanteringsåtgärderna svårbedömda. Om inte tydligare formuleringar framgår av den slutgiltiga versionen av förordningen kommer bedömningen sannolikt få göras utifrån avvägningar och analoga tolkningar av redan existerande riskstandarder – vilket också uppmärksammats i doktrin.²⁹⁸ Detta adderar emellertid ytterligare osäkerhet och komplicerade juridiska bedömningar och riskerar att hindra leverantörer från att fokusera på sin kärnverksamhet – att utveckla AI-system. Sådana moment blir särskilt drabbande för mindre aktörer och uppstarts företag som inte har tillräckliga resurser för att genomföra omfattande juridiska utredningar.

Förordningen ger vidare uttryck för en oförståelse avseende vissa AI-systems komplexa tekniska natur. Detta exemplifieras genom kraven på att leverantören ska kunna redogöra för ett AI-systems algoritmer och övergripande logik. Det kan vara synnerligen utmanande och ibland praktiskt omöjligt att ge en detaljerad beskrivning av den interna process som vissa AI-system genomgår för att producera vissa utdata. Detta kallas ibland för ”black box-problematiken”²⁹⁹ och återspeglas även i kravet på mänsklig tillsyn då leverantören förväntas ha en fullständig förståelse för AI-systemets kapacitet och begränsningar för att kunna upptäcka och förebygga eventuella störningar eller fel. Jag delar även näringslivets kritik avseende kraven på data. Problematiken ligger i att förordningen anger att tränings-, validerings- och testdataset som används för träning av AI-system ska vara felfria. Eftersom dataset som används för träning av AI-system i regel tillhandahålls utifrån mänskliga bedömningsfaktorer, är det vanligt med partiskhet i data som används. Detta blir sedan föremål för utvärdering över tid vilket är en naturlig del av utvecklingsprocessen för AI. Därför är kravet att data som används för träning av ett AI-system i ett initialt skede ska vara felfri problematiskt.

²⁹⁸ Schuett (2023) s. 10.

²⁹⁹ Horizon.

Därtill tillkommer de oerhört omfattande administrativa kraven att upprätta och upprätthålla teknisk dokumentation och vidta åtgärder inom ramen för kvalitetsstyrningssystemet. Dessa administrativa krav kommer sannolikt vara avgörande för hur leverantörer väljer att strukturera sin verksamhet, på ett väldigt ingripande sätt. Vagheten i de tidigare nämnda kraven gör dessutom dessa krav särskilt betungande då det kommer krävas utredningar för att få en uppskattning av kravens omfattning och hur de ska redogöras för.

6.2.2 De regulatoriska sandlådorna

Den primära innovationsfrämjande åtgärden som förordningen föreslår består av upprättandet av de regulatoriska sandlådorna. Dessa kan i teorin erbjuda värdefulla insikter för företag under utveckling och innan lansering av AI-system, samt säkerställa att AI-systemet i ett inledande skede lever upp till aktuell lagstiftning. Hur formen och villkoren för de regulatoriska sandlådorna kommer se ut är avhängigt genomförandeakter som upprättas på initiativ av kommissionen. Vilken effekt och hur användbara dessa kommer vara för företagens innovationskraft och utveckling återstår således att se. Det finns emellertid en del aspekter av de regulatoriska sandlådorna som är värda att belysa.

Först och främst kommer det vara en stor utmaning att upprätta testmiljöer som motsvarar användning av ett AI-system i praktiken, utanför testmiljön. Detta beror på att användning av AI-system utanför testverksamheten generellt kommer att utsättas för omständigheter som kommer vara svåra att förutse i en kontrollerad miljö. Vidare behöver de regulatoriska sandlådorna kunna erbjuda riktiga dataset, eller mycket välfungerande syntetiska dataset för att motsvara riktiga data. Om dessa inte i tillräcklig utsträckning återspeglar verkliga data riskerar det att skapa partiskhet och felaktigheter i AI-systemen som tränas på datan.

Därutöver kommer testverksamheten inom de regulatoriska sandlådorna endast erbjudas under en begränsad tid. Innovationsfrämjandet är således bara aktuellt under ett begränsat inledande skede av utvecklingsprocessen av AI-system. Företag som genomför tester i sandlådorna är dessutom fortfarande ansvariga för eventuell skada som deras AI-system åsamkar den regulatoriska sandlådan och tredje parter. Eftersom leverantörerna fortsatt kommer vara tvungna att löpande utvärdera AI-systemen, föra teknisk dokumentation och utföra riskbedömningar, kommer de regulatoriska sandlådorna endast vara behjälpliga i en uppstartsfas för leverantörerna. Tillgång till regulatoriska sandlådor för utveckling minskar inte bördan för de ovan nämnda kraven förordningen gör gällande och kan därför endast i begränsad utsträckning anses vara innovationsfrämjande.

6.2.3 Innovationsfrämjande åtgärder för mindre leverantörer

De föreslagna åtgärderna för att stödja småskaliga leverantörer, som konstaterats vara särskilt viktiga för innovation och nyskapande och som unionen

vill se en stor ökning av, är synnerligen vaga i förordningen. Åtgärderna består i att företagen ska erbjudas prioriterad åtkomst till de regulatoriska sandlådan, få viss anpassad information och eventuellt beredas tillgång till särskilda vägledningskanaler. Företagets storlek ska vidare beaktas vid bedömningen av överensstämmelse med kraven i förordningens andra kapitel. I vilken utsträckning, eller med hänsyn till vilka artiklar detta är aktuellt framgår emellertid inte. Jag förmodar att småskaliga leverantörer kommer att ha ambition att efterleva förordningens bestämmelser, varför detta snarare leder till förvirring angående omfattningen av kraven, än till att vara betryggande. Det är åtminstone oklart på vilket sätt det skulle bidra till innovationsfrämjande.

I stället för att underlätta för dessa företag genom tydlighet i bestämmelserna och hjälpverktyg för att möta förordningens krav och på så vis mildra förordningens omfattande ingripande i leverantörernas verksamhet, föreslås eventuella administrativa sanktionsavgifter mildras för småskaliga leverantörer. Detta sker då vid en tidpunkt när förordningens bestämmelser redan överträts. Eftersom syftet med förordningens mycket höga sanktionsavgifter är att vara avskräckande, är detta knappast en effektiv metod för vare sig efterlevnad eller innovationsfrämjande.

Förordningen anger att medlemsstaterna kommer kunna vidta åtgärder som är förenliga med förordningens mål inom ramen för marknadskontrollsystemet och innovationsfrämjande åtgärder. Jag tror att det kommer vara en mycket stor utmaning för medlemsstaterna att, åtminstone i ett inledande skede, erbjuda värdefulla resurser inom detta område med tanke på den rådande kompetensbrist som finns på området idag.³⁰⁰ Det kommer krävas omfattande insatser från medlemsstaternas sida för att på nationell nivå kunna erbjuda användbart stöd till privata aktörer. Framgången för detta arbete lär således vara avhängig nämnden som på unionsnivå inrättas för effektivt och harmoniserande arbete mellan medlemsländerna.

Här bör nämnas att de senaste offentliggjorda ändringarna som gjorts av förordningen innehåller expanderande av bestämmelserna gällande den regulatoriska sandlådan såväl som mer specificerade åtgärder för att stödja små och medelstora företag, även om kärnan i bestämmelserna i stort är detsamma. Ändringarna av förordningen ligger emellertid utanför denna uppsats analys och kommer således inte granskas närmre. Det är emellertid positivt att se att förslagets bristfälliga innovationsfrämjande åtgärder uppmärksammas och omarbetas till den slutliga versionen.

6.3 En väl fungerande inre marknad för vad?

AI-förordningen kan så som kommissionens förslag är utformat inte anses säkerställa en väl fungerande inre marknad för AI. Som redogjorts för ovan förutsätter en väl fungerande marknad för AI goda förutsättningar för

³⁰⁰ Digital Skills & Jobs Platform.

innovation, utvecklande och investeringar. Detta bygger på förtroende till näringsidkarens förmåga att generera värde. Det rättsliga ramverk som AI-förordningen gör gällande kan endast mycket marginellt anses främja dessa faktorer. I stället innebär förordningen omfattande inskränkningar i näringsfriheten genom komplicerade administrativa regler för efterlevnad. Förordningen gör också att näringsidkare riskerar att bli föremål för oförutsebar och godtycklig kontroll och ingripanden av kommissionen genom upprättandet av databasen och ändring av bilagorna, vilket ytterligare begränsar näringsidkarens frihet och riskerar att ha avskräckande effekt för investeringar och utveckling. Detta resulterar i att den föreslagna förordningen inte bara riskerar undergräva sitt viktigaste syfte, utan även störa de större målen för utveckling av den digitala inre marknaden.

Bristande innovationskraft och utveckling riskerar vidare innebära negativa ekonomiska konsekvenser för unionen. Särskilt vad beträffar småskaliga leverantörer. Dessa företag, i branscher med hög innovationskraft, utgör endast en liten del av EU:s totala små och medelstora företag, men de bidrar med över 25% gruppens totala ekonomiska värdeskapande.³⁰¹ Om EU inte lyckas tillhandahålla ett attraktivt och innovationskraftigt klimat för investerare och företag riskerar EU att gå miste om kompetens som istället söker sig utanför unionen, vilket i sin tur kan leda till en negativ spiral av minskad innovationskraft, minskad utveckling och minskade investeringar. Detta är oförenligt med säkerställandet av en väl fungerande inre marknad.

Eftersom lösningar som utnyttjar AI-teknik kan verka för att nå en rad samhällseliga mål, kan begränsningar av innovation och utveckling i längden också hindra främjandet av övriga grundläggande rättigheter inom unionen. Detta samband har också uppmärksamats av kommissionen i konsekvensbedömningen för AI-förordningen där det lyfts fram att allt för ingripande regulatoriska bördor riskerar att hindra utvecklingen av AI, främst för små och medelstora företag. Detta ansåg kommissionen i sin tur riskerar att hämma utvecklingen av AI-system som sannolikt skulle ha en positiv effekt för övriga grundläggande rättigheter.³⁰² Förhoppningsvis kommer detta perspektiv beaktas i den version av förordningen som slutligen antas.

Här bör vidare uppmärksammas att innovation och utveckling lägger grunden för att AI-förordningen ska nå de övriga syften och mål som förordningen ämnar uppnå. Utan utveckling och innovation skapas inga AI-system som kan innebära risker eller möjligheter. Åtgärder som utgör begränsningar i förutsättningarna för företagets möjlighet till innovation och utveckling riskerar således inte bara att hämma EU:s ekonomiska tillväxt och globala konkurrenskraft. De hindrar dessutom AI-förordningens övriga mål. Jag anser att lagstiftaren bör vara försiktig med att vidta sådana åtgärder generellt, men

³⁰¹ Kommissionen, Årlig rapport gällande små och medelstora företag 2018/2019.

³⁰² SWD(2021) 84 s. 77.

särskilt inom ramen för reglering av AI som i allra högsta grad är beroende av innovation.

6.4 Avslutande kommentarer

Vi befinner oss i en omvälvande tid för teknikutveckling. Denna uppsats har undersökt AI-förordningen och huruvida den kan anses säkerställa en väl fungerande inre marknad för AI. Förordningens bestämmelser har betraktats i ljuset av den inre marknadens utveckling, med en marknadsliberal näringsfrihet i fokus. Uppsatsen har visat att AI-förordningens bestämmelser inte kan anses säkerställa en väl fungerande inre marknad för AI utifrån detta perspektiv.

Hur rätten till näringsfrihet utvecklas i EU-rättslig praxis och vilken betydelse den tillerkänns i rättsakter i förhållande till andra värden och intressen ger ringar på vattnet för den inre marknaden och EU:s bredare ekonomiska aktivitet. Denna balansgång är i slutändan upp till EU som politisk och demokratisk maktinstitution att avgöra. I ett läge då utvecklingen av artificiell intelligens beskrivs som essentiell för att unionen ska vara konkurrenskraftig på den globala marknaden i framtiden, anser jag att EU:s lagstiftare bör omvärdera vilka inskränkningar som görs i förutsättningarna för företag att bedriva sin verksamhet, för att möjliggöra potentialen som AI erbjuder för EU:s större mål.

7 Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

4/73, *Nold mot Kommissionen*, EU:C:1974:51 [cit. 4/73, *Nold mot Kommissionen*, EU:C:1974:51].

15/81, *Schul mot Inspecteur Der Invoerrechten en Accunzen*, EU:C:1982:135 [cit. 15/81, *Schul mot Inspecteur Der Invoerrechten en Accunzen*, EU:C:1982:135].

C-22/94, *Irish Farmers Association m.fl. och Minister for Agriculture, Food and Forestry, Ireland och Attorney General*, EU:C:1997:187 [cit. C-22/94 *Irish farmers Association m.fl.* EU:C:1998:187].

C-112/00, *Schmidberger*, EU:C:2003:333 [cit. C-112/00, *Schmidberger*, EU:C:2003:333].

C-36/02, *Omega Spielhalle*, EU:C:2004:614 [cit. C-36/02, *Omega Spielhalle*, EU:C:2004:614].

C-210/03, *Swedish Match*, EU:C:2004:802 [cit. C-210/03, *Swedish Match*, EU:C:2004:802].

C-58/08, *Vodafone*, EU:C:2010:321 [cit. C-58/08, *Vodafone*, EU:C:2010:321].

C-70/10, *Scarlet*, EU:C:2011:771 [cit. C-70/10, *Scarlet*, EU:C:2011:771].

C-544/10, *Deutsches Weintor eG mot Land Rheinland-Pfalz*, EU:C:2012:526. [cit. C-544/10, *Deutsches Weintor*, EU:C:2012:526].

C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28. [cit. C-283/11, *Sky Österreich*, EU:C:2013:28].

C-426/11, *Alemo-Herron m.fl.*, EU:C:2013:521 [cit. C-426/11, *Alemo-Herron m.fl.*, EU:C:2013:52].

C-314/12, *UPC Telekabel Wien*, EU:C:2014:192 [cit. C-314/12, *UPC*, EU:C:2014:192].

C-131/12, *Google Spain och Google*, EU:C2014:317 [cit. C-131/12, *Google Spain och Google*, EU:C:2014:317].

C-362/15, *Maximillian Schrems mot Data Protection Commissioner*, EU:C:2015:650 [Cit. C-362/15, *Schrems I*, EU:C:2015:650].

C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972 [cit. C-201/15, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:972].

C-311/18, *Facebook Ireland och Schrems*, EU:C:2020:559 [cit. C-311/18, *Schrems II*, EU:C:2020:559].

Förenade målen C-798/18 och C-799/18, *Anie och Athesia Energy m.fl.*, EU:C:2021:280 [cit. Förenade målen C-798/18 och C-799/18, *Anie och Athesia Energy m.fl.*, EU:C:2021:280].

Förslag till avgörande av generaladvokat

Cruz Villalón i C-426/11, *Alemo-Herron m.fl.*, EU:C:2013:82. [cit. Cruz Villalón, C-426/11, *Alemo-Herron m.fl.*, EU:C:2013:82].

Wahl i C-201/15, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis (AGET Iraklis) mot Ypourgos Ergasias, Koinonikis Asfalisis kai Koinonikis Allilengyis*, EU:C:2016:429 [cit. Wahl, *AGET Iraklis*, EU:C:2016:429].

8 Källförteckning

Svenskt Offentligt tryck

Remissyttranden

AI Sweden, *AI Sweden's position on the proposed European legislation on AI*, 24 juni 2021 [cit. AI Sweden].

IT & Telekomföretagen, *Europeiska kommissionens förslag till förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens*, 24 juni 2021 [cit. IT & Telekomföretagen].

Svenskt Näringsliv, *Remissvar - Europeiska kommissionens förslag till förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens (rättsakt om artificiell intelligens) och om ändringar av vissa unionslagstiftningsakter (COM(2021) 206)*, 24 juni 2021 [cit. Svenskt Näringsliv].

Swedsoft, *Comments Regarding the European Commission's proposal for an Artificial Intelligence Act*, 24 juni 2021 [cit. Swedsoft].

Wikimedia, *Europeiska kommissionens förslag till förordning om harmoniserade regler för artificiell intelligens*, 24 juni 2021 [cit. Wikimedia].

Regeringskansliets faktapromemorior

Regeringskansliet faktapromemoria, Infrastrukturdepartementet, *Meddelande om digital kompass 2030*, 2020/21:FPM94 av den 13 april 2021 [cit. 2020/21:FPM94].

Offentligt tryck från EU

Europeiska kommissionen

Europeiska kommissionen, Arbetsdokument från kommissionen, *Operativ vägledning med beaktande av de grundläggande rättigheterna i kommissionens konsekvensanalys*, SEC(2011) 567 final av den 6 maj 2011 [cit. SEC(2011) 567].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska Ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *Inremarknadsakt II - Tillsammans för en ny tillväxt*, COM(2012) 573 final av den 3 oktober 2012 [cit. COM(2012) 573].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt

Regionkommittén, *En strategi för en inre digital marknad i Europa*, COM(2015) 192 final av den 6 maj 2015 [cit. COM(2015) 192].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *om halvtidsöversynen av genomförandet av strategin för den digitala inre marknaden – En ansluten digital inre marknad för alla*, COM(2017) 228 final av den 10 maj 2017 [cit. COM(2017) 228].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, *Artificiell intelligens för Europa*, COM(2018) 237 final av den 25 april 2018 [cit. COM(2018) 237].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *Samordnad plan om artificiell intelligens*, COM(2018) 795 av den 7 december 2018. [cit. COM(2018) 795].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *Att skapa förtroende för människocentrerad artificiell intelligens*, COM(2019) 168 final av den 8 april 2019 [cit. COM(2019) 168].

Europeiska kommissionen, Årsrapport gällande små och medelstora företag 2018/2019, *research & development and innovation by SMEs*, november 2020 [cit. Kommissionen, Årlig rapport gällande små och medelstora företag 2018/2019].

Europeiska kommissionen, *Om artificiell intelligens – en EU-strategi för spetskompetens och förtroende*, COM(2020) 65 final av den 19 februari 2020 [cit. COM(2020) 65].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *En EU-strategi för data*, COM(2020) 66 final av de 19 februari 2020 [cit. COM(2020) 66].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *Att forma EU:s digitala framtid*, (COM(2020) 67 final av den 19 februari 2020 [cit. COM(2020) 67].

Europeiska kommissionen, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt

Regionkommittén, *Digital kompass 2030: den europeiska vägen in i det digitala decenniet*, COM(2021) 118 final av den 9 mars 2021 [cit. COM(2021) 118].

Europeiska kommissionen, Arbetsdokument från kommissionen, *Konsekvensbedömning åtföljande förslaget till Europaparlamentets och Rådets förordning om fastställande av harmoniserade regler om artificiell intelligens (AI-förordningen) och om ändring av viss unionslagstiftning*, SWD(2021) 84 final av den 21 april 2021 [cit. SWD(2021) 84].

Europaparlamentet

Europaparlamentet, Nyhetspublikation, *Vad är artificiell intelligens och hur används det?*, 4 september 2020, Hittas: <<https://www.europarl.europa.eu/news/sv/headlines/society/20200827STO85804/vad-ar-artificiell-intelligens-och-hur-anvands-det?>> [cit. Europaparlamentet, *Vad är artificiell intelligens och hur används det?*].

Europaparlamentet, Nyhetspublikation, *Artificiell intelligens: Möjligheter och risker*, 23 september 2020 Hittas: <<https://www.europarl.europa.eu/news/sv/headlines/society/20200918STO87404/artificiell-intelligens-mojligheter-och-risker?>> [cit. Europaparlamentet, *Artificiell intelligens: Möjligheter och risker*].

Europaparlamentet, *Europaparlamentets resolution av den 20 oktober 2020 med rekommendationer till kommissionen om en ram för etiska aspekter av artificiell intelligens, robotteknik och tillhörande teknik* (2020/2012(INL)) [cit. Europaparlamentets resolution (2020/2012(INL))].

Europeiska rådet

Europeiska rådet, Pressmedelande, *En ny strategisk agenda för 2019-2024*, 489/19, 20 juni 2019 [cit. Rådet, *En ny strategisk agenda för 2019-2024*].

Europeiska rådet, *Extra möte i Europeiska rådet (1 och 2 oktober 2020) – Slutsatser*, 2 oktober 2020 EUCO 13/20 [cit. EUCO 13/20].

Övrigt

Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, 29 juli 2015 [cit. Europeiska unionens byrå för grundläggande rättigheter, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*].

Europeiska unionens officiella tidning, C 303/17, 14 december 2007 [cit. EUT C 303/17, Förklaringar avseende stadgan om de grundläggande rättigheterna].

Kommissionens expertgrupp på hög nivå för AI-frågor, *Etiska riktlinjer för tillförlitlig AI*, 8 april 2019 [cit. Kommissionens expertgrupp på hög nivå för AI-frågor, *Etiska riktlinjer för tillförlitlig AI*].

Mirigliano Matteo, Digital Skills & Jobs platform, *New DESI 2022: EU countries still struggle to close gaps in digital skills*, 27 juli 2022 [Digital Skills & Jobs Platform].

Von der Leyen Ursula, *En ambitiösare union: min agenda för Europa: politiska riktlinjer för nästa Europeiska kommission, 2019-2024*, 9 oktober 2019 [cit. Leyen, *En ambitiösare union: min agenda för Europa: politiska riktlinjer för nästa Europeiska kommission, 2019-2024*].

Litteratur

Bergström Carl Fredrik, Hettne Jörgen, *Introduktion till EU-rätten*, Studentlitteratur 2014 [cit. Bergström, Hettne (2014)].

Bernitz Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt*, 5:e upplagan, Norstedts Juridik 2019 [cit. Bernitz (2019)].

Bernitz Ulf, Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, 7:e upplagan, Norstedts Juridik 2022 [cit. Bernitz, Kjellgren (2022)].

Blanke Hermann Josef, *Treaty on the Functioning of the European Union – A Commentary, Volume 1: Preamble, Articles 1-89, Establishing the Internal Market*, ss. 601-665, Blanke Hermann Josef, Mangiameli Stelio (red.), Springer 2021 [cit. Blanke (2021)].

Derlén Mattias, Lindholm Johan, Naartjärvi Markus, *Konstitutionell rätt*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik 2020 [cit. Derlén, Lindholm, Naartjärvi (2020)].

Everson Michelle, Correia Gonçalves Rui, *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, Freedom to Conduct a Business*, ss. 437-464, Peers Steve, Hervey Tamara, Kenner Jeff, Ward Angela (red.), Hart Publishing 2021 [cit. Everson, Correia Gonçalves (2021)].

Hettne Jörgen, Otken Eriksson Ida, *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik 2011 [cit. Hettne, Otken Eriksson (2011)].

Jääskinen Niilo, *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, Fundamental Social Rights in the Charter – Are They Rights? Are They Fundamental?*, ss. 1703-1714, Peers Steve, Hervey Tamara, Kenner Jeff, Ward Angela (red.), Hart Publishing 2021 [cit. Jääskinen (2021)].

Kempas Tobias, *Artificiell intelligens och immaterialrätt i Sverige och EU*, Norstedts Juridik 2023 [cit. Kempas (2023)].

Larsson Stefan, *AI in the EU: Ethical Guidelines as a Governance Tool. The European Union and the Technology Shift*, ss. 85-110, Bakardjieva Engelbrekt (red.), Palgrave Macmillan 2021 [cit. Larsson (2021)].

Peers Steve, Prechal Sacha, *The EU Charter of Fundamental Rights – A Commentary, Scope and Interpretation of Rights and Principles*, ss. 1455-1522, Peers Steve, Hervey Tamara, Kenner Jeff, Ward Angela (red.), Hart Publishing 2021 [cit. Peers, Prechal (2021)].

Reichel Jane, *EU-rättslig metod. I: Juridisk metodlära*, ss. 109-142, Nääv Maria, Zamboni Mauro (red.), 2:a uppl., Studentlitteratur 2018 [cit. Reichel (2018)].

Veneziani Bruno, *The charter of fundamental rights of the European Union and the employment relation*, ss. 351-369 Dorssemont Filip, Lörcher Klaus, Clauwaert Stefan, Schmitt Mélanie (red.), Hart Publishing 2019 [cit. Veneziani (2019)].

Wahl Nils, *The Internal Market and the Future of European Integration – Essays in honor of Laurence W. Gormley, The future of the Internal Market*, ss. 273-287, Amtenbrink Fabian (red.), Cambridge University Press 2019 [cit. Wahl (2019)].

Weatherill Stephen, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford University Press 2017 [cit. Weatherill (2017)].

Tidskrifter

Bartholmai Brian, Tandon Yasmeeen, Wan Koo Chi, *Putting artificial intelligence (AI) on the spot: Machine learning evaluation of pulmonary nodules*, *Journal of Thoracic Disease*, vol. 12, nr 11 2020 ss. 6954-6965 [Bartholmai, Tandon, Wan Koo (2020)].

Gill-Pedro Eduardo, *Whose Freedom is it Anyway? The Fundamental Rights of Companies in EU Law*, *European Constitutional Law Review*, vol. 8, nr 2 2022 ss. 183-206 [cit. Gill-Pedro (2022)].

Gill-Pedro Eduardo, *Freedom to Conduct Business in EU Law: Freedom From Interference or Freedom From Domination?*, European Journal of Legal Studies, vol. 9, nr 2 2017 ss. 103-134 [cit. Gill-Pedro (2017)].

Giubboni Stefano, *Freedom to Conduct a Business and EU Labour Law*, European Constitutional Law Review vol. 14, nr 1 2018 ss. 172-109 [Giubboni (2018)].

Schuett Jonas, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*, European Journal of Risk Regulation, ss. 1-19, Cambridge University Press 2023 [cit. Schuett (2023)].

Usai Andrea, *The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration*, German Law Journal, vol. 14, nr 9 2013 ss. 1867-1888 [cit. Usai (2013)].

Elektroniska artiklar

Cassuwers Tom, *Opening the 'black box' of artificial intelligence*, Horizon, 1 december 2020 (19 april 2023) <<https://ec.europa.eu/research-and-innovation/en/horizon-magazine/opening-black-box-artificial-intelligence>> [cit. Horizon].

Conn Ariel, *Benefits & Risks of Artificial Intelligence*, Future of Life Institute, 14 november 2015 (4 maj 2023) <<https://futureoflife.org/ai/benefits-risks-of-artificial-intelligence/>> [cit. Future of Life Institute II].

DigitalEurope, *Shrems II Impact Survey Report*, 26 november 2020 (8 maj 2023) <<https://www.digitaleurope.org/resources/schrems-ii-impact-survey-report/>> [cit. DigitalEurope, *Shrems II Impact Survey Report*].

Future of Life Institute, *Pause Giant AI Experiments: An Open Letter*, 22 mars 2023 (3 maj 2023) <<https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>> [cit. Future of Life Institute I].

Hu Krystal *ChatGPT sets record for fastest-growing user base - analyst note*, Reuters, 2 februari 2023 (5 maj 2023) <<https://www.reuters.com/technology/chatgpt-sets-record-fastest-growing-user-base-analyst-note-2023-02-01/>> [cit. Reuters].

Manyika James, *10 Imperatives for Europe in the Age of AI and Automation*, McKinsey Global Institute, 2 oktober 2017 (18 april 2023) <<https://www.mckinsey.com/featured-insights/europe/ten-imperatives-for-europe-in-the-age-of-ai-and-automation>> [cit. McKinsey Global Institute].

Mueller Benjamin, Center for Data Innovation, *How Much Will the Artificial Intelligence Act Cost Europe?*, 26 juli 2021 (19 april 2023) <<https://datainnovation.org/2021/07/how-much-will-the-artificial-intelligence-act-cost-europe/>> [cit. Center for Data Innovation].

Sample Ian, *What are deepfakes – and how can you spot them?*, The Guardian, 13 januari 2020 (10 maj 2023) <<https://www.theguardian.com/technology/2020/jan/13/what-are-deepfakes-and-how-can-you-spot-them>> [cit. The Guardian].

Övrigt

European Digital SME Alliance, *DIGITAL SME reply to the AI Act consultation*, 6 augusti 2021 [cit. Digital SME Alliance].