

Regeringen
Infrastrukturdepartementet

Yttrande över SOU 2021:1 – Säker och kostnadseffektiv IT-drift – rättsliga förutsättningar för utkontraktering, Dnr I2021/00342

Statens Skolverk (Skolverket) yttrar sig härmed över It-driftsutredningens delbetänkande. Synpunkterna som lämnas har avgränsats med hänsyn till Skolverkets kompetens och uppdrag.

Sammanfattning

Skolverket tillstyrker förslaget till första stycket i 10 kap. 2 a § OSL.

Skolverket avstyrker förslaget till andra stycke i 10 kap. 2 a § OSL om intresseavvägning.

Skolverkets synpunkter

Avsnitt 8.9.1

I många fall kan ett röjande av uppgifter i samband med utkontraktering anses som behörigt. Myndigheten kan bland annat vid upphandling, genom upprättande av avtal, reglera uppgifter som omfattas av sekretess i förhållande till tjänsteleverantören. Utredningens tolkning av röjandebegreppet har ett visst logiskt stöd i de källor som anges i utredningen. Däremot är det i IT-miljö inte tillräckligt att digitala data har lämnats ut. I offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL:s, definition av sekretess föreskrivs att ett röjande kan ske genom utlämnande av allmän handling. Med beaktande av de skillnader som finns vid hantering av handlingar och uppgifter i en IT-miljö kan dock utredningens resonemang inte utan invändningar läggas till grund för när ett röjande bör anses ha skett i ett sådant sammanhang. Begreppet handling definieras i 1 kap. 1 § tredje stycket OSL med hänvisning till 2 kap. tryckfrihetsförordningen (1949:105), TF. Genom hänvisningen till 2 kap. blir 2 kap. 3 § TF tillämplig vid

bedömningen av vad som kan betraktas som ett röjande av uppgifter som lämnas i en IT-miljö. Där framgår att med handling menas i IT-miljö en ”upptagning” som kan läsas, avlyssnas eller på annat sätt uppfattas endast med tekniskt hjälpmedel. Detta får också betydelse för bedömningen av om en uppgift ska ses som röjd. I lagmotiven görs tydligt att det är uppgifterna i betydelsen *informationsinnehållet* som utgör upptagningen, se t.ex. om så kallade potentiella handlingar i SOU 2019:12 s. 60 ff. och prop. 2007/08:38. Digitala data kan i en ren lagringstjänst under vissa förhållanden hanteras krypterade på ett sådant sätt att leverantören på grund av lagringstjänstens funktion och vidtagna krypteringsåtgärder varken behöver eller kan ta del av uppgifterna. Förutsättningarna för att hindra en mottagare av digitala data att ta del av informationsinnehållet i upptagningen kan i många situationer skilja sig från ett fysiskt utlämnande av en handling. Skolverket anser inte att olika röjandebegrepp bör anses gälla för pappersmiljö och IT-miljö och efterfrågar en enhetligare definition av när en uppgift ska anses röjd, oavsett i vilken miljö den hanteras.

Avsnitt 9.8.3

En myndighet har ett ansvar att hantera sina allmänna handlingar, arbetsmaterial eller upptagningar på ett korrekt sätt. Myndigheten kan inte undkomma detta ansvar genom att utkontraktera driften av de IT-system där myndigheten hanterat dessa informationstillgångar. Myndigheten måste självständigt pröva om en uppgift får lämnas ut och har inte rätt att utan stöd i lag eller förordning överlåta sekretessprövning till någon annan. Eftersom handläggningen av frågor om utlämnande av allmänna handlingar innefattar myndighetsutövning får sådana förvaltningsuppgifter inte heller enligt 12 kap. 4 § andra stycket RF överlämnas till enskild utan stöd i lag. Detta förbud mot att lämna över sekretessprövningen, innefattar hela handläggningen av ärendet. Därmed kan en utkontrakterande myndighet inte delegera t.ex. till en driftleverantör att för myndighetens räkning bereda ärenden om sekretessprövning när utlämnande begärs.

När driftleverantören lyder under en främmande makts rättsordning (t.ex. FISA eller US CLOUD Act i USA) leder det till att driftleverantören, i stället för ansvarig myndighet, ges möjlighet att pröva om handlingar som är tillgängliga för driftleverantören ska lämnas ut till myndighet i det främmande landet. Det innebär att den svenska myndigheten berövas möjligheten att uppfylla sin skyldighet att genomföra sekretessprövningen. Situationen blir särskilt tydlig när en begäran om utlämnande, riktad till tjänsteleverantören från den utländska myndigheten, är förenad med en tystnadsplikt gentemot den svenska myndigheten. I dessa fall har den svenska myndigheten ofta inte ens kännedom om att en begäran skett.

Utredningens utgångspunkt, att sekretessprövningen enligt 8 kap. 3 § OSL inte ska anses omfatta risken för utlämnande enligt sådan främmande makts rättsordning, är svår att förena med det ansvar som myndigheter har att hantera sina allmänna handlingar, arbetsmaterial eller upptagningar på ett korrekt sätt. En

sådan tolkning innebär i praktiken att varje myndighet genom utkontraktering skulle kunna undandra sig ansvaret för komplexa sekretessprövningar och kringgå det skydd som lagstiftaren avsett att ge uppgifterna.

Om en tjänsteleverantör omfattas av tredjelandslagstiftning som tillåter tillgång till uppgifter för utländska myndigheter bör den svenska myndigheten utgå från att tjänsteleverantören kan komma att lämna ut uppgifter till en utländsk myndighet. Om den svenska myndigheten inte har möjlighet till föregående sekretessbedömning bör det därför inte finnas något utrymme för myndigheten att basera beslutet att utkontraktera på hur sannolikt det är att en sådan begäran från utländsk myndighet kan komma att ske.

De bedömningar som krävs när det är fråga om ett eventuellt utlämnande till en utländsk myndighet, måste dessutom ske i varje enskilt fall. Därför kan en sekretessprövning på förhand av den utkontrakterande myndigheten inte heller lösa röjandefrågan när en utländsk myndighet har laglig rätt enligt sin rättsordning att begära utlämnande hos driftleverantören i stället för den svenska myndigheten utan att internationell rättshjälp anlitas eller annan laglig grund föreligger enligt svensk rätt.

Frågan om på vilket stadium en utkontrakterande myndighet måste beakta att en begäran kan göras av en utländsk myndighet direkt hos driftleverantören har, med avseende på EU:s dataskyddsförordning, tagits upp av EDPB - EDPS i Joint Opinion 2/2021 (s. 19 p. 87). Deras bedömning innebär, med hänvisning till avgörandet i Schrems II, att det inte finns utrymme för någon bedömning för om en begäran kommer ske från utländsk myndighet. Deras tolkning är i stället att endast förekomsten av en sådan lagstiftning i det aktuella landet måste anses innebära att sådant utlämnande kan komma att ske.

Skolverket anser att motsvarande tolkning bör göras när den svenska myndigheten tolkar OSL i denna del som avseende personuppgifter. Det enda som framstår som en rättsligt godtagbar lösning för en svensk myndighet blir därför att inte lagra sekretessreglerade uppgifter i en tjänst som berörs av denna reglering. Det strider som framgått mot såväl grundlag som OSL att en svensk myndighet på detta sätt skulle släppa kontrollen över upptagningar som myndigheten har ansvar för.

Avsnitt 10.3

Den språkliga utformningen av 10 kap. 2 a § första stycket OSL

Om utredningen, trots de reservationer som anges i detta remissvar, avser att ge den sekretessbrytande regeln det föreslagna innehållet anser Skolverket att lydelsen av 10 kap. 2 a § första stycket OSL, rent språkligt, bör omformuleras på följande sätt för att undvika felsyftning.

Sekretess hindrar inte att en uppgift lämnas ut till ett företag eller en annan enskild eller till en annan myndighet som för den utlämnande myndighetens räkning har i uppdrag att utföra endast teknisk bearbetning eller teknisk lagring av de uppgifter som lämnas ut.

Avsnitt 10.3.1

Den avgränsning som utredningen har gjort för uppdraget enligt avsnitt 2.3.2 innebär vidare att förslaget endast avser utkontraktering av IT-drift till privata tjänsteleverantörer. Skolverket efterfrågar ett bredare anslag, som inte endast bemöter IT-driften. De uppgifter som en myndighet behandlar i en driftleverantörs IT-miljö förutsätter till exempel också att de är tillgängliga för myndigheten via nät. Med utredningens tolkning av röjandebegreppet måste uppgifter också anses röjda för dem som tillhandahåller de kablar och ovanliggande tjänster som används för kommunikation med driftleverantörens IT-miljö. Eftersom leverantörer av nät och ovanliggande tjänster inte ska lagra eller bearbeta uppgifter tekniskt, utan endast tekniskt befodra meddelande, så blir det inte fråga om sådan hantering som den sekretessbrytande regeln föreslås omfatta. Skolverket anser att förslaget lämnar ett antal frågetecken för myndigheternas förutsättningar att överlåta nödvändig behandling av sekretessreglerade uppgifter till tjänsteleverantörer i de fall det inte är fråga om teknisk bearbetning eller lagring. Som exempel kan nämnas möjligheterna att tekniskt befodra meddelanden utan att uppgiften ska anses röjd.

Avsnitt 10.3.6

Lydelsen av andra stycket i den föreslagna bestämmelsen 10 kap. 2 a § OSL innebär enligt Skolverkets mening att en mycket svår avvägning ska göras mellan intresset av utkontraktering och intresset att upprätthålla sekretessen. Det finns en uppenbar risk att regeln blir svårt att tillämpa och att resultatet blir rättsosäkert. Det kan befaras att myndigheters behov av utkontraktering i många fall skulle få en mer långtgående tyngd vid avvägningen och att rättssäkerheten, integritetsskyddet eller andra intressen som sekretessen ska skydda kommer i skymundan. Med hänsyn till detta anser Skolverket att det finns behov av att på ett tydligare sätt bedöma lämpligheten med utgångspunkt från ett mer objektiva rekvisit. Det skulle kunna utformas med ledning av de omständigheter som framkommer i eSams rättsliga uttalande 2018-10 23 (VER 2018:57) om röjande och molntjänster.

“Om sekretessreglerade uppgifter görs tekniskt tillgängliga för en tjänsteleverantör som till följd av ägarförhållanden eller annars är bunden av regler i ett annat land, enligt vilka tjänsteleverantören kan bli skyldig att överlämna information utan att internationell rättshjälp anlitas eller annan laglig grund föreligger enligt svensk rätt, får uppgifterna anses vara röjda. Anledningen är att det inte längre är osannolikt att uppgifterna kan komma att lämnas till utomstående. Detsamma får anses gälla om redan ägarförhållanden eller

geografisk placering av en tjänsteleverantörs tekniska hjälpmedel ger anledning att befara att mänskliga rättigheter (till exempel skyddet för privatlivet) eller det allmännas intressen (t.ex. rikets säkerhet) inte skulle säkerställas om svenska myndigheters data hade tillgängliggjorts.”

Visserligen delar Skolverket utredningens bedömning att utkontraktering av it-drift i många fall kan komma att betraktas som otillåten med hänsyn till exempelvis EU:s dataskyddsförordning. Detta även om sekretess enligt utredningens föreslagna bestämmelse inte skulle hindra utkontraktering. Däremot talar också de av utredningen kartlagda bristerna i myndigheternas informationshantering för att det finns ett behov av en tydligare och bredare lämplighetsbedömning vid utkontraktering av IT-drift.

På Skolverkets vägnar

Peter Fredriksson
Generaldirektör

Erik Svensson
Verksjurist

Remissyttrandet är beslutat av generaldirektören Peter Fredriksson vid gd-föredragning den 28 april 2021. På grund av rådande omständigheter är yttrandet inte signerat. I ärendets slutliga handläggning har chefsjuristen Eva Westberg, avdelningschefen Joakim Feldt, enhetschefen Cecilia Asker och verksjuristen Erik Svensson (föredragande) deltagit.