

Diarienummer:
DI-2021-956

Ert diarienummer:
I2021/00342

Datum:
2021-05-03

Yttrande över Säker och kostnadseffektiv it-drift – rättsliga förutsättningar för utkontraktering (SOU 2021:1)

Integritetsskyddsmyndigheten (IMY) har granskat förslaget huvudsakligen utifrån myndighetens uppgift att arbeta för att människors grundläggande fri- och rättigheter skyddas i samband med behandling av personuppgifter.

Sammanfattning

IMY har ingen erinran mot utredningens bedömning om att det bör införas en sekretessbrytande bestämmelse. IMY anser emellertid att det i det fortsatta beredningsarbetet behöver tydliggöras och exemplifieras vad som avses med begreppet "endast teknisk bearbetning och lagring" i den sekretessbrytande bestämmelsen.

IMY anser att delbetänkandet utgör en viktig och pedagogisk kartläggning av rättsliga förutsättningar för utkontraktering av it-drift för myndigheter. Delbetänkandet ger en god översikt av rättsutvecklingen på området. IMY lämnar dock några förtydligande kommentarer i vissa delar. Yttrandet följer betänkandets struktur.

IMY lämnar följande synpunkter.

7 Dataskydd

7.3 Det organisatoriska och avtalsmässiga förhållandet mellan den ansvarige och ett biträde

7.3.2 Myndigheters personuppgiftsansvar

IMY delar utredningens bedömning att myndigheter som behandlar personuppgifter som ett led i att uppfylla en rättslig förpliktelse, för att utföra en uppgift av allmänt intresse eller som ett led i myndighetsutövning i regel bör anses vara personuppgiftsansvarig för den personuppgiftsbehandlingen mot bakgrund av att den rättsliga grunden för sådan behandling ska vara fastställd i enlighet med nationell rätt. IMY vill emellertid framhålla att det är omständigheterna i varje enskilt fall som avgör om en myndighet är personuppgiftsansvarig eller inte för en personuppgiftsbehandling, om inte personuppgiftsansvaret fastställts i unionsrätten eller i medlemsstatens nationella rätt, enligt artikel 4.7 dataskyddsförordningen.

Postadress:
Box 8114
104 20 Stockholm

Webbplats:
www.imy.se

E-post:
imy@imy.se

Telefon:
08-657 61 00

IMY delar även utredningens bedömning att myndigheter som utgångspunkt bestämmer över ändamål och medel för den personuppgiftsbehandling som sker inom ramen för myndighetens egen it-drift och därmed är personuppgiftsansvariga för den behandling som sker.

IMY ser positivt på att utredningen kommer att utreda och återkomma till hur personuppgiftsansvaret förhåller sig till en situation då flera myndigheter samordnar sin it-drift. IMY konstaterar att det i sådana fall är viktigt att identifiera vilka behandlingar som sker vid den samordnade it-driften och att analysera vilken myndighet som bestämmer ändamål och medel med respektive behandling. Det går att tänka sig situationer där det kan uppstå både separata personuppgiftsansvar, gemensamt personuppgiftsansvar och biträdessituationer, beroende på hur behandlingarna för en samordnad it-drift kommer se ut. Enligt artikel 28.3 i dataskyddsförordningen är det också möjligt att i en nationell rättsakt reglera förhållandet mellan den personuppgiftsansvariga och personuppgiftsbiträdet.

7.3.3 Personuppgiftsansvarets innebörd vid anlitan av ett personuppgiftsbiträde

IMY delar utredningens bedömning att den personuppgiftsansvarigas omsorgsplikt enligt artikel 28.1 i dataskyddsförordningen¹ innefattar en riskbedömning för att bedöma om garantierna som biträdet presenterar är tillräckliga. Riskbedömningen behöver göras i varje enskilt fall utifrån behandlingens art, omfattning, ändamål och riskerna för fysiska personers rättigheter och friheter.² För att avgöra om personuppgiftsbiträdet kan ställa tillräckliga garantier måste den personuppgiftsansvariga göra en bedömning av bland annat personuppgiftsbiträdets expertkunskaper, pålitlighet och resurser.³ Den personuppgiftsansvariga bör vara särskilt uppmärksam om personuppgiftsbiträdet har verksamhetsställen i tredjeland eller för avsikt att delegera behandlingar till exempelvis underbiträden i tredjeland.⁴

IMY anser att den omständigheten att personuppgiftsbiträdet omfattas av tredjelands lagstiftning, enligt vilken personuppgifter kan komma att lämnas ut till det tredjelands myndigheter i strid med bestämmelserna om tredjelandsöverföring enligt dataskyddsförordningen, är något som den personuppgiftsansvariga behöver ta i beaktande vid bedömningen om personuppgiftsbiträdet kan ge tillräckliga garantier.

Skyldigheten för den personuppgiftsansvariga att endast använda sig av personuppgiftsbiträden som ger tillräckliga garantier enligt artikel 28.1 i dataskyddsförordningen är också något som den personuppgiftsansvariga kontinuerligt behöver följa upp, exempelvis genom revision eller inspektion om det är lämpligt.⁵

7.3.9 Reglering av inbördes ansvar och sanktioner

Det kan noteras att hänvisningarna i avsnittet (s. 210) som gjorts till artiklarna 58.4 och 58.7 i dataskyddsförordningen rätteligen bör vara hänvisningar till artiklarna 83.4 och 83.7 i dataskyddsförordningen.

¹ Jfr Europeiska dataskyddsstyrelsen (EDPB), *Guidelines 07/2020 on the concept of controller and processor in the GDPR*, version 1.0, beslutad den 2 september 2020, s. 29, punkt 92.

² Jfr EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concept of controller and processor in the GDPR*, version 1.0, s. 30, punkt 94.

³ Jfr EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concept of controller and processor in the GDPR*, version 1.0, s. 30, punkt 95.

⁴ Jfr EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concept of controller and processor in the GDPR*, version 1.0, s. 34, punkt 117.

⁵ Se artikel 28.3 i dataskyddsförordningen och EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concept of controller and processor in the GDPR*, version 1.0, s. 30, punkt 97.

7.4 Tredjelandsoverföring enligt dataskyddsförordningen

7.4.1 Inledning

IMY delar utredningens bedömning att det inte är möjligt att vidta några författningsåtgärder på nationell nivå i fråga om tredjelandsoverföringar vid utkontraktering av it-drift till privata leverantörer eftersom dataskyddsförordningens bestämmelser inte lämnar något utrymme för sådan nationell reglering.

7.4.2 Överföring av personuppgifter till tredjeland är bara tillåten i vissa fall

I den inledande meningen i avsnittet anges att det som utgångspunkt är förbjudet att överföra personuppgifter till tredjeland enligt dataskyddsförordningen. IMY vill framhålla att det inte finns ett uttryckligt förbud för överföring till tredjeland enligt dataskyddsförordningen. Av artikel 44 i dataskyddsförordningen framgår att överföringar till tredjeland bara får ske under förutsättning att den personuppgiftsansvariga och personuppgiftsbiträdet, med förbehåll för övriga bestämmelser i förordningen, uppfyller villkoren i kapitel V i dataskyddsförordningen.

Detta innebär att regleringen i dataskyddsförordningen är utformad på ett delvis annat sätt än den tidigare regleringen i 33 § personuppgiftslagen (1998:204), där det som huvudregel gällde ett förbud mot överföring av personuppgifter till tredjeland.

7.4.3 Vad avses med en tredjelandsoverföring av personuppgifter?

Frågan om vad som utgör en överföring av personuppgifter till tredjeland enligt dataskyddsförordningen behandlas för närvarande inom den Europeiska dataskyddsstyrelsen (EDPB), bland annat inom ramen för framtagandet av riktlinjer rörande samspelet mellan artikel 3 och kapitel V i dataskyddsförordningen.⁶ I det fortsatta arbetet rekommenderar IMY att utredningen följer arbetet som pågår inom EDPB och bevakar IMY:s webbplats för uppdateringar.

IMY vill särskilt lyfta fram att det i regel blir fråga om överföring till tredjeland när personuppgifter blir tillgängliga utanför EU/EES. Exempelvis kan en sådan tillgänglighet ske genom fjärråtkomst av en enhet i ett tredjeland till uppgifter som finns inom EU/EES. En sådan fjärråtkomst är att betrakta som en överföring.⁷ Tillgänglighet genom publicering av uppgifter på en webbplats som kan nå från tredjeland innebär däremot inte per automatik att personuppgifter överförs till tredjeland.⁸

Utredningens bedömning är att det utgör en överföring av personuppgifter till tredjeland när en personuppgiftsansvarig eller ett personuppgiftsbiträde behandlar personuppgifter genom användning av utrustning som finns i tredjeland. För IMY är det inte helt klart vad utredningen menar med begreppet "utrustning" i sammanhanget, men noterar att det i ett annat avsnitt i betänkandet citerats från en lagrådsremiss där "utrustning" nämnts gällande "utrustning i datacenter" som "it-utrustning och reserv- och skyddssystem för denna utrustning". Vidare beskrivs att it-utrustning i ett datacenter består av servrar, lagringssystem och utrustning för datakommunikation.⁹ IMY anser att det behöver förtydligas vad som avses med begreppet "utrustning" i det fortsatta beredningsarbetet.

⁶ EDPB Work Programme 2021/2022.

⁷ EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*, antagna den 10 november 2020, punkt 13 och fotnot 22.

⁸ EU-domstolens mål C-101/01 (Bodil Lindqvist), punkt 69.

⁹ SOU 2021:1 s. 82.

Oaktat vad utredningen avser med begreppet utrustning, bedömer IMY att det sannolikt i de flesta fall kommer utgöra en överföring av personuppgifter till tredjeland när en personuppgiftsansvarig eller ett personuppgiftsbiträde inom EU/EES behandlar personuppgifter genom användning av utrustning som finns i tredjeland. IMY:s bedömning kan dock komma att påverkas av de slutsatser som dras i EDPB:s ovan nämnda riktlinjer.

IMY delar även utredningens bedömning att det inte krävs att uppgifterna lämnas ut till tredje part för att det ska vara fråga om en överföring till tredjeland. Ett vanligt exempel på en sådan överföring är när ett personuppgiftsbiträde i tredjeland behandlar uppgifter för den personuppgiftsansvarigas räkning.

IMY instämmer i utredningens bedömning att det inte är fråga om en tredjelandsöverföring när personuppgifter behandlas uteslutande inom EU, även om den personuppgiftsansvariga eller personuppgiftsbiträdet som behandlar personuppgifterna är bunden av tredjelands lagstiftning som innebär att denna kan åläggas att lämna ut uppgifter direkt till ett tredjelands myndigheter. Utredningen konstaterar i detta sammanhang att överföringen sker först i samband med att uppgifterna överförs till myndigheter eller annan mottagare i tredjeland. IMY vill här framhålla att det enligt myndighetens uppfattning vid fjärråtkomst räcker att uppgifterna görs tillgängliga för en mottagare i tredjeland för att en överföring ska anses ha skett. Även i dessa delar kan IMY:s inställning komma att påverkas av resultatet av pågående arbeten inom EDPB.

IMY delar även bedömningen att förekomsten av skyldigheter för ett personuppgiftsbiträde, som är bunden av tredjelands lagstiftning vilken har till följd att personuppgifter kan komma att lämnas ut direkt till tredjelands myndigheter, har betydelse utifrån omsorgsplikten vid val av personuppgiftsbiträde, jfr avsnitt 7.3.3 ovan.

7.4.5 Överföring som omfattas av lämpliga skyddsåtgärder

Utredningens bedömning är att standardavtalsklausuler är en lämplig skyddsåtgärd som kan läggas till grund för överföring av personuppgifter till tredjeland om det i mottagarens land finns ett grundläggande rättighetskydd och en möjlighet att göra detta skydd gällande inför domstol eller annan oberoende instans.

Av utredningen framgår vidare att det enligt artikel 46.1 i dataskyddsförordningen inte räcker att den personuppgiftsansvariga eller personuppgiftsbiträdet som har för avsikt att överföra personuppgifter till tredjeland har vidtagit lämpliga skyddsåtgärder, och att överföringen bara får ske på villkor att lagstadgade rättigheter för registrerade och effektiva rättsmedel för registrerade finns tillgängliga. Utredningen bedömer att det förefaller som att det krävs att det i mottagarlandet finns ett grundläggande rättighetskydd och en möjlighet att göra detta skydd gällande inför domstol, för att en tredjelandsöverföring med stöd av standardavtalsklausulerna ska kunna komma i fråga. Den tolkningen vinner enligt utredningens bedömning stöd i EU-domstolens uttalanden.¹⁰

Som utredningen konstaterar kan standardavtalsklausuler vara en lämplig skyddsåtgärd för överföring av personuppgifter till tredjeland i avsaknad av beslut om adekvat skyddsnivå, se artikel 46.2 c i dataskyddsförordningen. Innan personuppgifter överförs till tredjeland med stöd av standardavtalsklausuler ska den personuppgiftsansvariga eller personuppgiftsbiträdet i deras roller som

¹⁰ SOU 2021:1 s. 218 f.

uppgiftsutförare, göra en bedömning om lagstiftningen i det mottagande tredjelandet möjliggör en väsentligt likvärdig skyddsnivå som inom EU/EES. Om bedömningen visar att tredjelands lagstiftning inte möjliggör ett väsentligt likvärdigt skydd behöver standardavtalsklausulerna kompletteras med ytterligare skyddsåtgärder beroende på den situation som råder i tredjelandet.¹¹ Den som vill föra över personuppgifter behöver därmed i varje enskilt fall kontrollera om lagstiftningen i mottagarlandet säkerställer lämpligt skydd med hänsyn till unionsrätten för personuppgifter som överförs med stöd av standardavtalsklausuler och sedan vid behov tillhandahålla ytterligare skyddsåtgärder utöver dem som erbjuds genom standardavtalsklausulerna.¹²

EDPB:s rekommendationer om nödvändiga garantier för övervakningsåtgärder från den 10 november 2020¹³ har, som utredningen också anför, antagits slutligt. EDPB:s rekommendationer om ytterligare skyddsåtgärder från den 10 november 2020¹⁴ har emellertid endast antagits preliminärt. Slutlig behandling, efter att publik konsultation genomförts, pågår för närvarande inom EDPB.

I utredningen anförts att EDPB:s rekommendationer synes utgå från att det kan finnas situationer då det är tillräckligt att den personuppgiftsansvariga eller personuppgiftsbiträdet vidtar ytterligare skyddsåtgärder som komplement till standardavtalsklausuler, oavsett vilken nivå av grundläggande rättighetsskydd och tillgång till rättslig prövning som finns i det berörda tredjelandet.

I EDPB:s rekommendationer anges att den som vill föra över personuppgifter först ska bedöma tredjelands lagstiftning, inklusive det grundläggande rättighetsskyddet, för att sedan göra en bedömning av om, och i så fall vilka, kompletterande skyddsåtgärder som behöver vidtas för att en väsentligt likvärdig skyddsnivå ska uppnås. Det är en helhetsbedömning som behöver göras i varje enskilt fall. En sådan bedömning kan i sin tur leda till att överföring inte får ske.

För att det ska vara möjligt att överföra personuppgifter till tredjeland i en situation då skyddsnivån inte är väsentligen likvärdig i mottagarlandet, anger EDPB att standardavtalsklausuler eller andra överföringsverktyg endast kan användas om kompletterande tekniska åtgärder gör att åtkomsten till de överförda uppgifterna blir omöjlig eller ineffektiv.¹⁵ Exempel på ytterligare skyddsåtgärder ges i bilaga 2 till rekommendationerna. Det kan finnas situationer där endast tekniska åtgärder kan hindra eller begränsa de offentliga myndigheternas åtkomst till personuppgifter i tredjelandet, i synnerhet för övervakningsändamål.¹⁶

Eftersom EDPB för närvarande arbetar med rekommendationerna avser IMY inte att lämna några närmare synpunkter i denna del. IMY rekommenderar emellertid att utredningen följer arbetet inom EDPB i det fortsatta arbetet.

¹¹ Jfr EU-domstolens mål C-311/18 (Schrems II), punkt 132-134 och skäl 109 i dataskyddsförordningen.

¹² EU-domstolens mål C-311/18 (Schrems II), punkt 134-135, Jfr även skäl 108 i dataskyddsförordningen och EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*, s. 13 f.

¹³ EDPB, *Recommendations 02/2020 on the European Essential Guarantees for surveillance measures*.

¹⁴ EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*.

¹⁵ EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*, s. 16, punkt 44.

¹⁶ EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*, s. 16, punkt 48.

7.4.7 Undantag i särskilda situationer

IMY vill i sammanhanget påminna om att EDPB har tagit fram riktlinjer 2/2018 för undantagen i artikel 49 dataskyddsförordningen, antagna den 25 maj 2018, som beskriver tillfällena då denna undantagsbestämmelse kan bli aktuell.

7.4.8 Rättsläget avseende överföringar av personuppgifter till USA

Utredningen gör bedömningen att det i en situation som gäller tredjelandsöverföring vid utkontraktering av it-drift är svårt att se om det skulle finnas några ytterligare skyddsåtgärder som kan vidtas som läker de brister i amerikansk lagstiftning som EU-domstolen konstaterar i Schrems II-domen.

IMY anser emellertid att det utifrån omständigheterna för behandlingen och vilken lagstiftning som blir aktuell, kan finnas situationer där det efter en bedömning i det enskilda fallet är möjligt att överföra personuppgifter till USA med stöd av standardavtalsklausuler och ytterligare skyddsåtgärder. IMY:s bedömning kan dock komma att påverkas av de slutsatser som dras i EDPB:s ovan nämnda riktlinjer.

10 En sekretessbrytande bestämmelse

10.2 En sekretessbrytande bestämmelse behövs

IMY har ingen erinran mot utredningens bedömning om att det bör införas en sekretessbrytande bestämmelse.

10.3 Den sekretessbrytande bestämmelsens utformning

10.3.1 Tillämpningsområdet

Utredningen gör bedömningen att den sekretessbrytande bestämmelsen ska gälla vid myndigheters utlämnande till privata tjänsteleverantörer för endast teknisk bearbetning och lagring. Utredaren betonar att ordet "endast" innebär att avgränsningen för bestämmelsens tillämpningsområde gäller för tjänster och funktioner som enbart innebär teknisk bearbetning och lagring för myndighetens räkning. Vidare anføres att utkontraktering av arbetsuppgifter som är hänförliga till vård och omsorgssektorns behandling av personuppgifter vid t.ex. journalföring, bedömning av röntgenbilder eller patientrådgivning utgör utkontraktering som faller utanför tillämpningsområdet.

I förarbetena till lagen (2020:914) om tystnadsplikt vid utkontraktering av teknisk bearbetning eller lagring av uppgifter anges att innebörden av teknisk bearbetning eller teknisk lagring är densamma som i 2 kap. 9 § tredje stycket tryckfrihetsförordningen (jfr 2 kap. 13 § första stycket tryckfrihetsförordningen). Vilka åtgärder som kan omfattas av teknisk bearbetning eller teknisk lagring behöver enligt regeringens uppfattning tolkas i förhållande till dagens digitala informationshantering och den fortgående tekniska utvecklingen.¹⁷ Förarbetena anger att åtgärder det kan handla om är förändring och tillägg i en befintlig tjänsts funktionalitet, etablering av en tilläggstjänst, integration mot andra tjänster, konfiguration, test och utveckling samt tillhandahållande av supporttjänster. Det kan också röra sig om säkerhetshöjande åtgärder som uppgradering, uppdatering, säkerhetskopiering, kryptering, anonymisering, pseudonymisering och incidenthantering.¹⁸

¹⁷ Prop. 2019/20:201 s. 22.

¹⁸ Prop. 2019/20:201 s. 22.

Mot bakgrund av vad som framgår av förarbetena konstaterar IMY att "endast teknisk bearbetning eller teknisk lagring av uppgifter" är ett begrepp som kan tänkas omfatta mycket i förhållande till dagens digitala informationshantering och den fortgående tekniska utvecklingen. Begreppet får därmed anses vara relativt brett. IMY anser att det i det fortsatta beredningsarbetet behöver tydliggöras och exemplifieras vad som avses med begreppet "endast teknisk bearbetning och lagring" i det nu aktuella sammanhanget.

Hur myndigheter tolkar vad som i det enskilda fallet är att anse som endast teknisk bearbetning och lagring av uppgifter blir avgörande för om en viss utkontraktering kan ske till en privat tjänsteleverantör eller inte. Uppdrag som ligger utanför begreppet och inte "endast" omfattar teknisk bearbetning eller teknisk lagring av uppgifter, är inte tänkta att omfattas av den föreslagna bestämmelsen. IMY konstaterar därmed att tolkningen av begreppet får avgörande betydelse, både för vad som får utkontrakteras, men också för om exempelvis lagstadgad sekretess som avser att skydda enskildas personuppgifter behålls eller inte. Den enskildes personliga integritet riskerar att åsidosättas om tolkningen av begreppet görs på ett felaktigt sätt. I värsta fall skulle en felaktig tolkning av begreppet kunna resultera i att sekretess som avser att skydda den enskilde bryts i situationer då den inte borde brutits.

Vidare är IMY tveksam till om alla behandlingar av personuppgifter hos en privat tjänsteleverantör vid utkontraktering av it-drift endast sker för teknisk bearbetning och lagring. En privat tjänsteleverantör kan tänkas behöva ta del av personuppgifter även för andra ändamål än endast teknisk bearbetning och lagring. Det kommer således åligga den personuppgiftsansvariga myndigheten att säkerställa att den tänkta behandlingen sker för endast teknisk bearbetning och lagring och om det inte kan säkerställas ska sekretessbestämmelsen inte tillämpas. Detta bör förtydligas i det fortsatta lagstiftningsarbetet exempelvis genom att frågan behandlas närmare i författningskommentaren.

10.3.4 En intresseavvägning

Utredningens förslag är att det ska införas en intresseavvägning i den sekretessbrytande bestämmelsen. Den är tänkt att formuleras som att en uppgift inte ska lämnas ut om det intresse som sekretessen ska skydda har företräde framför intresset av att uppgiften lämnas ut.

IMY anser att det är positivt att det föreslås en intresseavvägning som möjliggör hänsynstagande till exempelvis integritetsintresset i de fall sekretess gäller till skydd för den enskilde. Det är också bra att utlämnanden för utkontraktering för endast teknisk bearbetning och lagring inte är tänkta att ske slentrianmässigt, utan att det behöver göras noggranna intresseavvägningar innan uppgifter kan lämnas ut.

IMY konstaterar dock att det troligtvis blir mycket svåra bedömningar för myndigheter att väga de aktuella intressena mot varandra, exempelvis sekretess som har till syfte att skydda den enskildes personliga integritet, mot intresset av att uppgiften lämnas ut. Det kan tänkas att intresset för utkontraktering i många fall per automatik kommer att anses väga tyngre hos myndigheterna än sekretess till skydd för den enskilde. IMY ser därmed en risk för att skyddet för den enskildes personliga integritet kan komma att åsidosättas till förmån för ett utlämnande till en privat tjänsteleverantör.

10.3.5 Närmare om intresseavvägningen

Utredningen anger att dataskyddsregelverket i viss utsträckning innebär en tystnadsplikt för personuppgifter som också kan vara relevant att beakta i den intresseavvägning som ska göras enligt den föreslagna bestämmelsen. IMY vill framhålla att dataskyddsregleringen i sig inte utgör en tystnadsplikt i traditionell mening. Det är således oklart på vilket sätt utredningen menar att dataskyddsregleringen kan få betydelse vid intresseavvägningen. Denna fråga bör därför analyseras närmare i den fortsatta beredningen.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören Lena Lindgren Schelin efter föredragning av juristen Linn Sandmark. Vid den slutliga handläggningen har rättschefen David Törngren, enhetschefen Malin Blixt och juristen Petra Lennhede medverkat.

Lena Lindgren Schelin, 2021-05-03 (Det här är en elektronisk signatur)