

Infrastrukturdepartementet
i.remissvar@regeringskansliet.se
med kopia till
i.esd.remissor@regeringskansliet.se
ingela.alverfors@regeringskansliet.se

Yttrande över It-driftsutredningens delbetänkande Säker och kostnadseffektiv it-drift – rättsliga förutsättningar för utkontraktering, SOU 2021:1

Sammanfattning

E-hälsomyndigheten tillstyrker utredningens förslag till ny sekretessbrytande bestämmelse och inskränkt meddelandefrihet.

E-hälsomyndigheten tycker att författningsförslagen i sig är bra, men har synpunkter på vissa av de bedömningar utredningen gjort. Myndigheten lämnar därför nedan några kommentarer avseende utredningens tolkning av röjandebegreppet och förslaget till sekretessbrytande bestämmelse.

E-hälsomyndigheten delar inte utredningens uppfattning om hur röjandebegreppet ska tolkas och menar, med hänsyn bland annat till den praxis som finns på området, att den osäkerhet som råder med avseende på tolkningen i svensk rätt kvarstår (se nedan). Enligt E-hälsomyndighetens uppfattning bör röjandebegreppet inte tolkas så strikt som utredningen föreslår. Dock är E-hälsomyndigheten av uppfattningen att det ändå finns ett tydligt behov av en sekretessbrytande bestämmelse, oavsett hur röjandebegreppet tolkas.

Enligt E-hälsomyndighetens uppfattning bör det också tydliggöras vad som avses med "teknisk bearbetning eller teknisk lagring". Begreppet bör enligt vår mening innefatta det som normalt anses omfattas av it-drift. Regeringen bör också överväga om ytterligare sekretessbrytande bestämmelser behövs för sådant som inte anses vara teknisk bearbetning eller teknisk lagring men som ändå kan behöva utkontrakteras, i vart fall om röjandebegreppet ska tolkas på det sätt som utredningen förordar.

Avsnitt 8.9 Röjandebegreppet

Enligt utredningen får uppgifter som en myndighet utkontrakterar inom ramen för it-drift anses vara utlämnade och därmed röjda. Detta gäller oavsett om

omständigheterna när uppgifterna tillgängliggjordes för tjänsteleverantören var sådana att man, t.ex. på grund av kryptering eller annan teknisk säkerhetsåtgärd, inte måste ha räknat med att tjänsteleverantören eller någon annan utomstående skulle komma att ta del av uppgifterna. Uppgifterna blir med denna tolkning alltså röjda enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) eftersom utlämnade är en form av röjande.

Utredningens tolkning av röjandebegreppet bör, enligt E-hälsomyndighetens uppfattning, nyanseras. Som redovisas i utredningen har röjandebegreppet tolkats på flera olika sätt av olika aktörer och ingen av tolkningarna har än så länge tydligt fastslagits i praxis. Även om utredningen presenterar sin tolkning så bedömer vi att rättsläget även fortsättningsvis är oklart.

Det finns skäl som talar för den tolkning som utredningen har gjort, men också betydande skäl som talar emot den. De främsta skälen som talar emot tolkningen är enligt E-hälsomyndighetens uppfattning följande.

- För det första menar E-hälsomyndigheten att om lagstiftaren avsett att avvika från den allmänspråkliga betydelsen av ordet röja (enligt Svenska Akademiens Ordlista "avslöja, förråda; visa, lägga i dagen" och enligt Svensk Ordbok "göra (hemlighet) känd ofta genom oförsiktigt beteende") borde det klargjorts tydligt i förarbetena. Ännu bättre hade varit om lagstiftaren hade använt ett annat begrepp om den menade något annat än vad ordet röja normalt sett betyder.
- För det andra tyder den begränsade rättspraxis som finns, där röjandebegreppet har bedömts i någon form, på en annan tolkning än den utredningen gjort. Detsamma gäller vissa förarbetsuttalanden.
- För det tredje medför den tolkning som utredningen har gjort konsekvenser som är svåra att överblicka för de myndigheter som idag utkontrakterar it-drift med stöd av en annan tolkning och som potentiellt kan vara mycket allvarliga. Tolkningen kan också få konsekvenser för utkontraktering som ligger utanför området för teknisk bearbetning och teknisk lagring, även efter det att den nu föreslagna sekretessbrytande bestämmelsen trätt i kraft. Enligt E-hälsomyndighetens uppfattning behöver det utredas vad tolkningen av röjandebegreppet betyder i förhållande till exempelvis kommunikationstjänster, t.ex. om ett röjande sker när uppgifter lämnas till utomstående för befordran (inom eller utanför myndigheten), antingen digitalt genom en internetleverantör eller analogt genom en postoperatör eller budfirma.

De förarbeten som utredningen hänvisar till (sid. 244) exemplifierar när en uppgift ska anses vara röjd. Det anges att en uppgift röjs om en allmän handling *företes*, genom att någon *får ta del av* en handling som inte är allmän, genom att befattningshavare *meddelar uppgifter* i ett brev, genom att



information *lämnas muntligen* eller genom att någon *förevisar* ett hemligt föremål för annan. Det anges vidare att innebörden av detta är att befattningshavaren *inte får låta någon ta del av* hemlig uppgift, oavsett på vilket sätt det görs. Gemensamt för de exempel som anges tycks vara att informationsinnehållet blir känt för någon utomstående på ett eller annat sätt.

Högsta domstolen har i NJA 1991 s. 103 utvecklat detta. Det krävs, enligt domstolen, att det finns någon person, för vilken uppgiften görs tillgänglig, men inte alltid att denne faktiskt har fått kännedom om innehållet. Varje möjlighet för någon obehörig att ta del av en uppgift kan dock, enligt Högsta domstolens bedömning, inte medföra att uppgiften har röjts. Det krävs (åtminstone för straffansvar) att uppgiften har blivit tillgänglig för någon obehörig under sådana omständigheter att man *måste räkna med* att denne kommer att ta del av uppgiften.

E-hälsomyndigheten tolkar förarbetsuttalandena och praxis så att en uppgift anses vara röjd (avslöjad) dels om den utomstående rent faktiskt tar del av den, dels om den utomstående, med viss sannolikhet, kan komma att ta del av den. Utomståendes möjlighet att ta del av uppgiften och sannolikheten för att de gör det blir avgörande. I fallet med journalisten som fått uppgifter skickade till sig, som utredningen använder som exempel, skulle uppgifterna vara röjda eftersom det finns en stor sannolikhet för att journalisten skulle komma att ta del av uppgifterna (även om det ännu inte gjorts och kanske aldrig görs). Om någon möjlighet att ta del av uppgifterna inte finns överhuvudtaget skulle uppgifterna inte vara röjda, vilket t.ex. är fallet med uppgifter som maskas så att de blir oläsbara. Problemet blir att bedöma sannolikheten för att utomstående kan komma att ta del av uppgifterna om det införs andra tekniska eller rättsliga hinder för det, såsom kryptering eller förbudsklausuler i avtal, och vid vilken nivå av sannolikhet som gränsen ska dras. Högsta domstolen har i NJA 1991 s. 103 ansett att det krävs en ganska hög grad av sannolikhet ("måste räkna med"), i vart fall för straffansvar. eSam har, mot bakgrund av bl.a. nämnda rättsfall, argumenterat för att uppgifterna i vart fall inte ska anses röjda om sannolikheten för att utomstående tar del av uppgifterna är mycket låg, genom bl.a. tekniska och rättsliga hinder¹.

Avsnitt 10.2 En sekretessbrytande bestämmelse behövs

Med den tolkning av röjandebegreppet som E-hälsomyndigheten förespråkar ovan skulle myndigheterna således behöva göra en bedömning av möjligheten för utomstående att ta del av uppgiften och sannolikheten för att de gör det. Även om E-hälsomyndigheten menar att denna tolkning ligger mer i linje med den allmänspråkliga betydelsen och den rättspraxis som

¹ Outsourcing 2.0 En vägledning om sekretess och dataskydd, december 2019

finns, skulle den emellertid inte helt undanröja de oklarheter som råder eller de svåra bedömningar som behöver göras vid utkontraktering av it-drift.

E-hälsomyndigheten menar därför att behovet av en sekretessbrytande bestämmelse av det slag som utredningen föreslår är stort, oavsett hur röjandebegreppet ska tolkas. Bara oklarheten i sig, bristen på tydlig och relevant vägledande rättspraxis och de svårigheter som är förknippade med en bedömning av vad ett röjande innebär gör att det finns ett behov av en klar och tydlig bestämmelse som bryter eventuell sekretess.

Avsnitt 10.3 Den sekretessbrytande bestämmelsens utformning

Utredningens förslag till sekretessbrytande bestämmelse begränsas till "endast teknisk bearbetning eller teknisk lagring". Detta begrepp är etablerat och används i flera andra bestämmelser. Det finns därför uppenbara fördelar med att använda samma begränsning här, men det förutsätter att det är tydligt vad begreppet innebär och att det omfattar sådana tjänster, som normalt anses omfattas av it-drift. Detta gäller särskilt eftersom angränsande tjänster, som ligger utanför begreppets innebörd, kan medföra att bestämmelsen inte blir tillämplig alls.

I förarbetena till lagen (2020:914) om tystnadsplikt vid utkontraktering av teknisk bearbetning eller lagring av uppgifter ges exempel på vad som numera ska anses omfattas av begreppet teknisk bearbetning eller teknisk lagring enligt den lagen (se prop. 2019/20:201 s. 22 f.). Det bör tydliggöras att denna beskrivning gäller även vid tillämpningen av den sekretessbrytande bestämmelse som utredningen föreslår. Därutöver bör det klargöras uttryckligen att övervakning och loggning samt eventuellt inventering av produkter och licenser omfattas av begreppet, så att det inte råder någon tvekan om det.

E-hälsomyndigheten är vidare av uppfattningen att det behöver övervägas om en sekretessbrytande bestämmelse krävs även i förhållande till sådant som inte omfattas av begreppet "teknisk bearbetning eller teknisk lagring", särskilt mot bakgrund av den strikta tolkning av röjandebegreppet som utredningen framför. Det kan gälla exempelvis olika former av kommunikationstjänster som tillhandahålls av internetleverantörer, postoperatörer och budfirmor etc.

10.3.4 En intresseavvägning

Enligt E-hälsomyndigheten är det angeläget att det görs någon slags prövning av att ett utlämnande till en driftsleverantör inte är olämpligt. En sådan prövning kan sannolikt delvis göras med stöd av det krav på intresseavvägning som föreslås, men det kan finnas andra aspekter som

behöver beaktas. Det finns också en viss risk att kravet på en intresseavvägning kommer att bli svårt att tillämpa och att olika tolkningar kommer att göras av olika myndigheter. Det behövs närmare vägledning om intresseavvägningens betydelse för utkontraktering av uppgifter med stark eller absolut sekretess. Detta bör enligt vår mening tas i beaktande vid bedömningen av hur bestämmelsen ska villkoras.

I detta ärende har generaldirektör Janna Valik beslutat. Enhetschefen Tina Hård har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också rättschef Maria Jacobsson, juristen Jenny Wentrup, tf enhetschef Maria Idberg och förvaltningsledare Dan Wimmergren deltagit.

Janna Valik
generaldirektör

Tina Hård
enhetschef Juridik