



# Delphi

Rebecka Harding och Adam Odmark

## eSams inställning om myndigheters outsourcing av IT-funktioner ger upphov till diskussion

En fråga som fått alltmer uppmärksamhet i Sverige under de senaste åren är om och hur myndigheter kan göra uppgifter som omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen ("OSL") tillgängliga för en IT-leverantör utan att samtidigt anses "röja" uppgifterna till leverantören, dess underleverantörer eller tredje part. Frågan har fått särskilt stor uppmärksamhet sedan

CLOUD Acts ikraftträdande i USA 2018. Detta eftersom CLOUD Act gör det möjligt för amerikanska brottsbekämpande myndigheter att i vissa fall direkt begära att vissa IT-leverantörer som står under amerikansk jurisdiktion lämnar ut data, oavsett var i världen den lagras av leverantören, samtidigt som OSL föreskriver att det som utgångspunkt är förbjudet att röja sekre-

tessbelagda uppgifter till utländska myndigheter.

Efter CLOUD Acts ikraftträdande publicerade eSam, samma år, ett rättsligt utlåtande om röjande av sekretesskyddade uppgifter enligt OSL vid användning av vissa typer av molntjänster. eSam är ett program för samverkan mellan myndigheter och Sveriges kommuner och regioner ("SKR") (tidigare Sveriges

# NYTT OM PERSONVERN

kommuner och landsting/SKI), som organiserar Sveriges samtliga kommuner och regioner. Syftet med programmet är att ta tillvara digitaliseringens möjligheter inom det offentliga. eSam har bland annat publicerat flera icke-bindande rekommendationer i såväl juridiska som mer praktiska frågor av betydelse i samband med outsourcing av IT-funktioner riktade till aktörer inom det offentliga.

Bland annat framgår följande av eSams utlåtande från 2018:

*”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 rätts hjälp anlätats 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.”* (vår understrykning)

Uttalandet ovan föreskriver att en myndighet alltså ska göra en sannolikhetsbedömning av om uppgifter som omfattas av sekretess kan komma att lämnas ut till utomstående innan de görs tekniskt tillgängliga för en tjänsteleverantör som är bunden av lagstiftning likt CLOUD Act.

Uttalandet gav upphov till diskussion i Sverige om det över huvud taget är möjligt för en svensk myndighet att tillgängliggöra sekretesskyddade uppgifter till en molntjänstleverantör som står under amerikansk jurisdiktion. Uttalandet har även mötts av viss kritik för att vara alltför kategoriskt och för att inte vila på tillräcklig kunskap om hur CLOUD Act och amerikansk processuell lagstiftning fungerar. Kritiken har delvis tagit sikte på om CLOUD Act verkligen innebär att

*”det inte längre är osannolikt att uppgifterna kan komma att lämnas till utomstående?”.*

I december 2019 publicerade eSam en ny vägledning om sekretess och dataskydd i samband med outsourcing av IT-funktioner. Vägledningen innehåller bland annat avsnitt som följer upp eSams utlåtande från 2018 om röjande av sekretessreglerade uppgifter vid användning av vissa typer av molntjänster. I 2019 års vägledning menar eSam att en sannolikhetsbedömning enligt 2018 års uttalande aldrig blir aktuell om myndigheten gör bedömningen att *”tjänsteleverantören på grund av regler i en främmande rättsordning [kan] bli tvungen att lämna ut uppgifter”*. I så fall ska myndighetens sekretesskyddade uppgifter enligt eSam anses röjda i OSL:s mening. eSam specificerar inte till vem uppgifterna ska anses röjda men vi får anta att eSam syftar på myndigheter i det främmande landet, till vilka det som utgångspunkt är förbjudet enligt OSL att röja sekretesskyddade uppgifter.

## Kommentar

De rättskällor som tydligast behandlar tolkningen av begreppet ”röjande” enligt OSL är ett rättsfall från Högsta domstolen (NJA 1991 s. 103) och ett från Arbetsdomstolen (AD 2019 nr 15). Enligt dessa domar krävs inte att någon de facto tagit del av en uppgift för att den ska anses röjd. Det avgörande ska vara om uppgiften har blivit tillgänglig för någon obehörig under sådana omständigheter att man måste räkna med att den obehörige kommer att ta del av uppgiften. Enligt vår mening ger dessa rättsfall visst fog för 2018 års uttalande där eSam talar om en sannolikhetsbedömning. Uttalandet i eSams vägledning från 2019 om att en sanno-

likhetsbedömning aldrig blir aktuell om tjänsteleverantören på grund av regler i en främmande rättsordning kan bli tvungen att lämna ut uppgifter tycks däremot sakna tydligt stöd i de rättskällor som finns att tillgå idag. Det ska i sammanhanget även noteras att SKR (som är en betydelsefull aktör i sammanhanget) valde att inte ställa sig bakom 2019 års vägledning.

Om man tar fasta på att det är korrekt att göra en sannolikhetsbedömning enligt 2018 års uttalande är frågan i så fall om lagstiftning som CLOUD Act verkligen innebär att det inte längre är osannolikt att myndigheterna i det främmande landet kommer att ta del av de sekretessreglerade uppgifterna så som eSam skriver. Den statistik om utlämnanden som finns att tillgå från stora molntjänstleverantörer som Amazon och Microsoft, kombinerat med riktlinjer från det amerikanska justitiedepartementet om att i första hand begära ut data direkt från dess ägare, indikerar enligt vår uppfattning att det kanske inte är särskilt troligt att en svensk myndighets sekretesskyddade uppgifter kommer att hamna hos amerikanska myndigheter – åtminstone inte med stöd av just CLOUD Act.

Den svenska regeringen har tillsatt en utredning som bland annat ska tydliggöra de rättsliga förutsättningarna för det offentliga outsourcing av IT-funktioner, vilket vi ser positivt på då det är uppenbart att behovet och efterfrågan av tydliggöranden finns. Denna del av utredningen ska redovisas senast den 31 augusti 2020 och vi ser fram emot att läsa utredningens betänkande när det kommer.

*Rebecka Harding är senior associate/advokat och Adam Odmark är associate vid Advokatfirman Delphi, Stockholm.*