

Pligt til at anvende samme digital postløsning for offentlige og private aktører

Digitaliseringsstyrelsen har anmodet om et kort notat, der forholder sig til det teoretiske spørgsmål, om der via et udbud lovligt kan etableres en digital postløsning, som ikke kun skal benyttes af det offentlige i kommunikationen med borgere, men som også *pligtmæssigt* skal benyttes af (en kreds af) *private* aktører (fx banker, forsyningsselskaber og forsikringsselskaber mv.) i kommunikationen med deres kunder, således det sikres, at borgerne kan modtage post fra det offentlige og private aktører i samme postkasse.

Herom bemærkes følgende:

- Det er et grundlæggende udbudsretligt princip, at ordregiver ved udformningen af sit udbudsmateriale ikke usagligt må tilrettelægge et udbud, således kun én bestemt virksomhed kan deltage/vinde udbuddet. Tværtimod skal en ordregiver inden for rimelighedens grænser tage tiltag til at udligne eventuelle konkurrencefordele for f.eks. den eksisterende leverandør af den udbudte ydelse, ligesom en ordregiver ikke må tilrettelægge sit udbud på en måde, så der ikke fremadrettet igen kan skabes konkurrence om den pågældende ydelse.
- Det aktuelle marked for digitale postløsninger er i dag præget af én større markedsaktør; e-Boks A/S, som i dag både håndterer offentlig digital post og privat digital post fra bl.a. banker, forsikringsselskaber mv. Derudover har flere private aktører (fx banker, forsyningsselskaber og forsikringsselskaber) egne digitale post- eller kommunikationsløsninger, som enten er egenudviklet eller leveret af andre IT-udviklere.
- Et udbud af en løsning, hvor vinderen af udbuddet får monopol på levering af en bestemt ydelse i en længere periode til både det offentlige og det private, vil være meget usædvanlig. En ordregivende myndighed vil som absolut hovedregel have en klar interesse i at bevare et velfungerende marked, så der også ved efterfølgende udbud kan forventes en rimelig konkurrence og en sædvanlig innovation og markedsudvikling i perioden mellem udbuddene.

- Det er med det nuværende lovgrundlag *ikke* muligt (via et udbud) at *forpligte* private aktører til kun at benytte én bestemt digital postløsning, når private aktører kommunikerer digitalt med borgere og kunder. Det vil kræve en lovændring.
- En sådan lovændring, hvorefter private aktører (fx banker mv.) *forpligtes* til at anvende en bestemt digital postløsning, vil være forbundet med betydelige EU-retlige udfordringer. Det kan - afhængigt af den nærmere udformning - kræve forudgående notificering til Kommissionen efter informationsproceduredirektivet. Der er endvidere en betydelig risiko for, at en sådan forpligtelse vil være i strid med Servicedirektivets artikel 16 om fri udveksling af tjenesteydelser og traktatens regler om fri bevægelighed for etablering og levering af tjenesteydelser. Dette skyldes særligt, at den begrænsning af valgmulighederne, som forpligtelsen vil medføre for udbydere af konkurrerende digitale postløsninger og virksomheder på det private marked, næppe kan anses for at være proportional i forhold til det formål, der ønskes varetaget.
- Med den aktuelle markedssituation taget i betragtning skal det endvidere bemærkes, at en lovændring kan være meget indgribende for de aktører i markedet, der har brugt udviklingsomkostninger og tid på at udvikle digitale postløsninger (fx e-Boks A/S eller andre IT-udviklere). Disse aktører (fx e-Boks A/S) har desuden afholdt omkostninger til indgåelse af kommercielle aftaler med banker og andre private aktører. Dette kommercielle eksistensgrundlag kan blive fjernet, hvis det ved lov pålægges, at *private* aktører (fx banker mv.) skal benytte én bestemt leverandør. Det kan ikke udelukkes, at et sådant indgreb ved lov vil blive anset for et ekspropriativt indgreb.
- For en god ordens skyld bemærkes, at Digitaliseringsstyrelsen ikke har adgang til at råde over historisk *privat* post, som en borger har modtaget i den nuværende digitale postløsning leveret af e-Boks A/S. Digitaliseringsstyrelsen kan derfor ikke i et udbud kræve, at den historiske *private* post overflyttes til og samles i en ny digital postløsning. Leverandøren af en ny digital postløsning er dog forpligtet til at sikre, at al historisk *offentlig* post, som borgeren har modtaget i den nuværende digitale postløsning, kan samles i den nye løsning.

- **Konklusion:** Det er med det nuværende lovgrundlag ikke muligt via et udbud at forpligte private aktører (fx banker mv.) til at benytte én bestemt leverandør af digitale postløsninger i kommunikation med deres kunder. Det er desuden særdeles tvivlsomt, om lovændring indeholdende en sådan forpligtelse vil være i overensstemmelse med EU-retten, ligesom det vil være et betydeligt indgreb i den aktuelle markedssituation, som meget muligt vil vanskeliggøre en senere konkurrenceudsættelse.

København, den 9. august 2019



Rasmus Holm Hansen
- Partner, Advokat (H)