



21 August 2020

Private virksomheters bruk av offentlige felleskomponenter og fellesløsninger

Rettslige hindringer og muligheter

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	4
1.1	Bakgrunn.....	4
1.2	Mandat	5
2	SAMMENDRAG OG HOVEDKONKLUSJONER	6
2.1	Statsstøtte og konkurransereglene.....	6
2.2	Offentlige anskaffelser.....	7
2.3	Personopplysningsrettslige forhold.....	7
3	FELLESKOMponentENE	8
3.1	Innledning – hvem kan bruke felleskomponentene i dag?.....	8
3.2	Altinn	9
3.3	ID-porten.....	10
3.4	Maskinporten	13
3.5	Kontakt- og reservasjonsregisteret.....	14
4	CASENE	15
4.1	Innledning – kort om DSOP	15
4.2	Samtykkebasert lånesøknad.	15
4.3	Fellestjenester Bygg – Digital nabovarsling	16
4.4	Digital samhandling ved eiendomshandel	18
4.5	Henvendelser om tilgang til ID-porten	20
4.6	Henvendelser om tilgang til KRR.....	20
4.7	Konsekvenser.....	21
5	HVILKE HINDRINGER OG MULIGHETER GIR REGELVERKET FOR STATSSTØTTE? - PROBLEMSTILLINGEN.....	21
5.1	Hva er statsstøtte?	21
5.2	Oppsummering og hovedkonklusjoner	23
5.3	Rettslige utgangspunkt.....	24
5.4	Oppstår det statsstøtterettslige spørsmål når felleskomponentene tilbys offentlige aktører?	41
5.5	Altinn	43
5.6	ID-porten.....	56
5.7	Maskinporten	60
5.8	Kontakt- og reservasjonsregisteret.....	60
6	FORHOLDET TIL KONKURRANSEREGLENE	63

7	FORHOLDET TIL REGLENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER.....	65
7.1	Innledning	65
7.2	Oppsummering av konklusjoner og råd.....	66
7.3	Hvorvidt private virksomheters bruk av felleskomponentene utgjør en vesentlig endring.....	67
7.4	Krav til klarhet ved gjennomføring av nye anskaffelser.....	71
7.5	Samarbeid med private som innebærer ytelser fra private til Digitaliseringsdirektoratet.....	72
7.6	Altinn	73
7.7	ID-porten, Maskinporten og Kontakt- og reservasjonsregisteret.....	76
8	PERSONOPPLYSNINGSLOVEN OG GDPR	79
8.1	Innledning	79
8.2	Oppsummering og anbefalinger.....	80
8.3	Overordnet om kravene i personvernforordningen mv.....	81
8.4	De enkelte tjenestenes særpreg	83
8.5	Fellesspørsmål knyttet til privates bruk av offentlige felleskomponenter	88

NOTAT

Til: Kommunal- og moderniseringsdepartementet
Fra: Wikborg Rein Advokatfirma AS
v/Rolf Riisnæs, Hanne Zimmer, Alf Amund Gulsvik, Kine Ø. Neslein og Gry Hvidsten
Dato: 21. august 2020
Ansvarlig advokat: Rolf Riisnæs

PRIVATES TILGANG TIL OFFENTLIGE FELLESKOMPONENTER

1 INNLEDNING

1.1 Bakgrunn

Regjeringen og KS la i juni 2019 frem *Én digital offentlig sektor – Digitaliseringsstrategi for offentlig sektor 2019-2025* ("Digitaliseringsstrategien"). Strategien har som mål at digitalisering i offentlig sektor skal føre til en enklere hverdag for innbyggere og næringsliv, herunder økt verdiskapning for næringslivet. Ett av strategiens innsatsområder er derfor styrket samarbeid med privat sektor.¹ Strategien har tiltak om utvikling av felles prinsipper for offentlig-privat samarbeid på digitaliseringsområdet.

Som ledd i oppfølgingen av tiltaket er det relevant å vurdere i hvilken grad private virksomheter kan benytte felleskomponenter og felles IT-løsninger i offentlig sektor. Ifølge Meld. St. 27 (2015-2016) *Digital Agenda for Norge* ("Digital Agenda") er:²

"Felles IKT-løsninger for å dekke like behov er et viktig effektiviseringstiltak. Stat, kommune og ulike sektorer bør benytte fellesløsninger for å lage brukervennlige og sammenhengende digitale tjenester i hele offentlig sektor. De mest sentrale fellesløsningene omtales som nasjonale felleskomponenter. Dagens nasjonale felleskomponenter er Folkeregisteret, Enhetsregisteret, Matrikkelen, Altinn, ID-porten, Digital postkasse til innbygger og Kontakt- og reservasjonsregisteret. [Maskinporten kom til i 2019]."

Fellesløsninger kan sees på som byggeklosser som offentlige virksomheter kan dra nytte av i sine digitale tjenester. Løsningene utvikles én gang og kan deretter brukes av mange. Noen av løsningene er tilgjengelige for alle offentlige virksomheter, mens andre er tilgjengelige for virksomheter innenfor en sektor (for eksempel i helsesektoren eller justissektoren). Ved å bruke fellesløsninger kan offentlige virksomheter gjenbruke både funksjonalitet og

¹ Se kap. 7.

² Digital Agenda kap. 11, s. 73-74.

informasjon. Samtidig kan bruk av fellesløsninger bidra til at tjenestene blir mer gjenkjennbare for brukerne."

I det følgende vil vi bruke "felleskomponenter" som felles betegnelse for felleskomponenter og fellesløsninger.

Digital Agenda understreker at de nasjonale felleskomponentene, som dekker behov på tvers av mange sektorer og/eller forvaltningsnivå, vil være sentrale komponenter i en rekke digitale tjenester, og er av stor samfunnsøkonomisk betydning som felles mulighetsrom for digital tjenesteutvikling og gevinstrealisering i virksomhetene.³ Dette gjentas i den nylig publiserte stortingsmeldingen om innovasjon i offentlig sektor (Innovasjonsmeldingen).⁴ Her beskrives felleskomponentene som et nasjonalt økosystem som kan senke terskelen for innovasjon og tjenesteutvikling i den enkelte virksomhet. Regjeringens mål for den videre utviklingen av felleskomponentene er å skape sammenhengende digitale tjenester med utgangspunkt i viktige situasjoner og livshendelser for brukerne, uavhengig av sektor eller forvaltningsnivå.⁵ Innovasjonsmeldingen understreker at "[v]idere utvikling kan skje enten gjennom viderebruk av offentlige data som tilbys på slike plattformer, eller gjennom offentlig-private samarbeid der slike plattformer inngår som en del av løsningen for næringslivet." På europeisk nivå er slike tanker uttrykt i Tallinn-erklæringen⁶, en ministererklæring, som fra norsk side ble signert av daværende moderniseringsminister Jan Tore Sanner.

Dagens nasjonale felleskomponenter benyttes av offentlige virksomheter som ledd i digitaliseringen av sine tjenester og i deres samhandling med privatpersoner og næringsdrivende. I enkelte tilfeller er det imidlertid lagt til rette for at felleskomponentene benyttes på en måte som primært gjelder samhandlingen mellom private rettssubjekter, men som likevel er knyttet til utøvelsen av offentlig virksomhet, f.eks. gjennom tilgang til informasjon fra et offentlig organ eller som ledd i forberedelsen til samhandling med en offentlig virksomhet. Et eksempel er Samtykkebasert lånesøknad der forbrukere som søker banklån samtykker til at banken kan hente opplysninger som søker direkte fra skatteetaten ved hjelp av Altinns infrastruktur. Andre eksempler/brukstilfeller er beskrevet i punkt 4 nedenfor.

1.2 Mandat

På bakgrunn av et oppdrag fra Kommunal- og moderniseringsdepartementet (KMD), vil vi i denne utredningen vurdere det juridiske handlingsrommet for private virksomheters bruk av felleskomponentene Altinn, ID-porten, Maskinporten og KRR. KMD har bedt om en juridisk vurdering av i hvilken grad offentlige it-løsninger forvaltet av Digitaliseringsdirektoratet (Digdir), kan benyttes av private virksomheter sett opp mot reglene for statsstøtte, konkurranserettslige regler, reglene for offentlige anskaffelser (herunder hvilke rammer anskaffelsene av gjeldende løsninger gir) og eventuelt annet relevant regelverk. Formålet med utredningen er oppgitt å være å få kartlagt rettslige hindringer og muligheter når det gjelder private virksomheters bruk av offentlige felleskomponenter og fellesløsninger.

³ Digital Agenda, boks 1.1.

⁴ Meld. St. 30 2019-2020, En innovativ offentlig sektor, Kultur, ledelse og kompetanse

⁵ Digitaliseringsstrategien kap. 2.

⁶ Ministerial Declaration on eGovernment - the Tallinn Declaration, 6. oktober 2017.

I tråd med KMDs bestilling vil vi konsentrere oss om reglene for statsstøtte (kapittel 5), konkurranse (kapittel 6) og offentlige anskaffelser (kapittel 7). Utredningen vil være en del av grunnlaget for departementets arbeid med prinsipper for den private bruken. Avslutningsvis inkluderer vi noen betraktninger om de personopplysningsrettslige utfordringer som ny og endret bruk av tjenestene kan eller vil reise og hvordan man kan tilnærme seg disse (kapittel 8). I og med at personopplysningsrettslige konsekvenser må vurderes ved enhver planlagt endring av den opprinnelige behandlingen av personopplysninger, og at dette ikke er særlig knyttet til privat bruk av de offentlige tjenestene, er det ikke tatt høyde for noen større personopplysningsrettslig analyse.

Våre vurderinger er basert på beskrivelsen av de aktuelle felleskomponentene i kapittel 3 og vi har benyttet som eksempler de brukstilfeller som er beskrevet i kapittel 4.

2 SAMMENDRAG OG HOVEDKONKLUSJONER

2.1 Statsstøtte og konkurransereglene

2.1.1 Statsstøttereglene

Digdir/tjenesteeier vil ikke være mottaker av statsstøtte i forbindelse med utvikling, drift og tilbud om tilgang til en felleskomponent så lenge de at Digdir/tjenesteeier ikke er å regne som et foretak i statsstøtterettslig forstand.

Når offentlige tjenesteeiere selv benytter felleskomponentene i sin kjernevirksomhet, vil bruken av felleskomponentene være forbundet med utøvelse av offentlig myndighet, i den forstand at bruken tar sikte på å understøtte offentlige kjerneoppgaver. I slike tilfeller opptrer Digdir/tjenesteeier derfor ikke som foretak. Det samme gjelder der private virksomheter gis tilgang for å lette gjennomføring av offentlig myndighetsutøvelse eller offentlig kjerneoppgave. Den bruk man i dag har åpnet for at private kan få, for eksempel i forbindelse med prosjektene samtykkebasert lånesøknad, samt i forbindelse med byggesaksbehandling og tinglysning, synes å ha tilstrekkelig tilknytning til offentlig virksomhet til at Digdir/tjenesteeier ikke opptrer som foretak.

Dette kan imidlertid stille seg annerledes for noen av de andre påtenkte utvidelsene, som synes mer innrettet mot å tjene markedsaktørenes behov, samt enkelte henvendelser om bruk av andre felleskomponenter.

For å unngå ulovlig statsstøtte til Digdir/Altinn ved en eventuell utvidet bruk av felleskomponentene, kan man sørge for separat regnskapsføring og at de prisene som tas av brukerne dekker relevante kostnader med tillegg av rimelig fortjeneste. Alternativt kan man søke å forsvare slik utvidet bruk etter en analogi med prinsippene som benyttes for visse typer infrastruktur. Det er imidlertid vanskelig å finne støtte for dette i praksis, og dette rettsgrunnlaget vurderes derfor som så pass usikkert at dette bør avklares med ESA før man eventuelt baserer utvidet bruk på slike argumenter.

Støtte til de private virksomhetene som får tilgang til felleskomponentene, kan oppstå i to situasjoner: Dersom Digdir/tjenesteeier opptrer som foretak, vil brukerne kunne motta statsstøtte dersom Digdir/tjenesteeier ikke tar et markedsmessig vederlag. Også dersom Digdir/tjenesteeier *ikke* opptrer som foretak, kan det imidlertid ytes støtte til enkelte brukere dersom man ikke sikrer ikke-diskriminering i tilgang og vilkår. Selv om tilgang for private i dag synes å være kommet i stand som følge av konkrete behov og henvendelser, har ikke grunnlag for å tro at det forekommer slik

forskjellsbehandling i dag. For fremtiden bør man imidlertid ha en gjennomtenkt tilnærming til tilgang og prising for ulike brukere der ikke-diskriminering bør stå sentralt.

2.1.2 Konkurransereglene

Også konkurransereglene vil først komme til anvendelse dersom Digdir/tjenesteeier opptrer som *foretak*. I lys av vurderingene ovenfor, betyr det at de fleste avtaler Digdir/tjenesteeier i dag inngår vil falle utenfor konkurransereglenes virkeområde.

Dersom Digdir/tjenesteeier skulle opptre som et foretak, er den mest nærliggende risikoen at visse felleskomponenter muligens kan anses å ha en dominerende stilling på et marked, og dermed måtte sørge for å overholde forbudene mot rovprising og diskriminering. Dette er imidlertid vurderinger som også i stor grad overlapper med statsstøttereguleringen, og de statsstøtterettslige reglene er stort sett strengere.

På mer generelt grunnlag bør man ha et bevisst forhold til avtalevilkår som kan virke utestengende, herunder eneleverandørbetingelser, eksklusivitets- og lojalitetsbetingelser o.l.

2.2 Offentlige anskaffelser

I de eksisterende kontraktene for de mest sentrale felleskomponentene Altinn og ID-porten/Maskinporten/Kontakt- og reservasjonsregisteret er det ikke anskaffelsesrettslig adgang til en omfattende utvidelse av bruken av løsningene ved å gjøre dem tilgjengelige for private virksomheter.

Alle de eksisterende kontraktene har en begrenset gjenværende varighet. I de nye anskaffelsene er det ikke noen anskaffelsesrettslig begrensning mot å sørge for at Digitaliseringsdirektoratet kan benytte kontraktene for å levere de offentlige felleskomponentene også til private dersom man er tydelig på det.

I en overgangsperiode mens man forbereder og gjennomfører nye anskaffelser er det etter vår vurdering en mulighet for å starte en begrenset utviklingen med åpning av løsningene for private. Det avgjørende er hvor stort ressurspådrag hos Digitaliseringsdirektoratets leverandører den enkelte tjeneste vil skape. Ved spørsmålet om man skal åpne for en privat tjeneste må det dermed lages et estimat for dette og i forlengelsen må det vurderes i hvilken grad det å åpne for en tjeneste vil blokkere for andre ønskede tiltak så lenge de eksisterende kontraktene løper.

2.3 Personopplysningsrettslige forhold

Bruk av de offentlige felleskomponentene medfører behandling av personopplysninger. Behandling av personopplysninger må skje i henhold til de krav som følger av EUs personvernforordning og den norske personopplysningsloven. Digdir opptrer dels som behandlingsansvarlig, dels som databehandler, i forbindelse med levering av felleskomponentene.

Ansvaret for å oppfylle pliktene etter personvernforordningen påhviler i hovedsak den behandlingsansvarlige. I de tilfellene der Digdir opptrer som databehandler, vil Digdir ha forpliktelser knyttet til databehandleravtalen, men også personvernforordningen legger en del plikter direkte på databehandleren.

Hvis en pågående behandling skal endres må Digdir vurdere sine plikter knyttet til behandlingen på nytt i lys av den planlagt endrede bruk. Dette gjelder uavhengig av om det er tale om utvidet eller

annen endret bruk knyttet til utøving av offentlig virksomhet, eller om det gjelder å gjøre felleskomponentene tilgjengelig for private virksomheter.

I kapittel 8 er det inntatt enkelte betraktninger og anbefalinger knyttet til hvilke vurderinger som typisk må gjøres i forbindelse med slik utvidet eller på annen måte endret bruk.

3 FELLESKOMPONENTENE

3.1 Innledning – hvem kan bruke felleskomponentene i dag?

Hvem som kan benytte felleskomponentene reguleres dels av eForvaltningsforskriften (for KRR), dels av Digdirs brukervilkår. I brukervilkårene, som bl.a. gjelder ID-porten, Maskinporten og KRR, fremgår det at felleskomponentene kan benyttes av:⁷

"Offentlig virksomhet og virksomheter som utfører oppgaver på vegne av, og som helt eller delvis er finansiert av, det offentlige. Dette omfatter blant annet alle sentrale og lokale statlige organer, herunder tilsyn, ombud og direktorater, alle fylkeskommuner, kommuner og kommunale etater, samt offentlig eide selskaper som bare leverer tjenester til det offentlige (egenregi). I tillegg omfattes private virksomheter som treffer vedtak etter forvaltningsloven, og private virksomheter som yter tjenester etter avtale med og på vegne av det offentlige, men da begrenset til den delen av virksomheten som omfattes av forvaltningsloven eller utføres på vegne av det offentlige.

Det skal også være mulig å knytte til andre virksomheter eller utøvere av aktiviteter, som ikke faller direkte inn under avgrensningene ovenfor, men som likevel må anses som offentlig virksomhet. Offentlig virksomhet må i denne sammenheng avgrenses mot virksomhet som anses som ervervsvirksomhet i henhold til konkurranse- og statsstøttereguleringen. Relevante momenter i denne vurderingen vil blant annet være om virksomheten faller inn under forvaltningslovens og/eller offentlighetslovens virkeområde, om de aktuelle tjenester utøves i allmennhetens interesse, om tjenestene tilbys i konkurranse med private aktører, om det offentlige helt eller delvis finansierer tjenestene, og om det tas betalt for tjenestene fra sluttbrukerne utover det som er nødvendig for dekning av utøverens kostnader.

Statsaksjeselskaper og offentlig eide virksomheter som helt eller delvis driver i konkurranse med private virksomheter, kan ikke benytte fellesløsningene, med mindre de treffer vedtak etter forvaltningsloven eller utfører oppgaver på vegne av, og helt eller delvis finansiert av det offentlige, men da begrenset til den delen av virksomheten som omfattes av forvaltningsloven eller utføres på vegne av det offentlige."

Det er Digdir som avgjør om en virksomhet kan benytte felleskomponentene.

⁷ <https://samarbeid.difi.no/bruksvilkar/bruksvilkar-digdirs-digitale-felleslosninger>

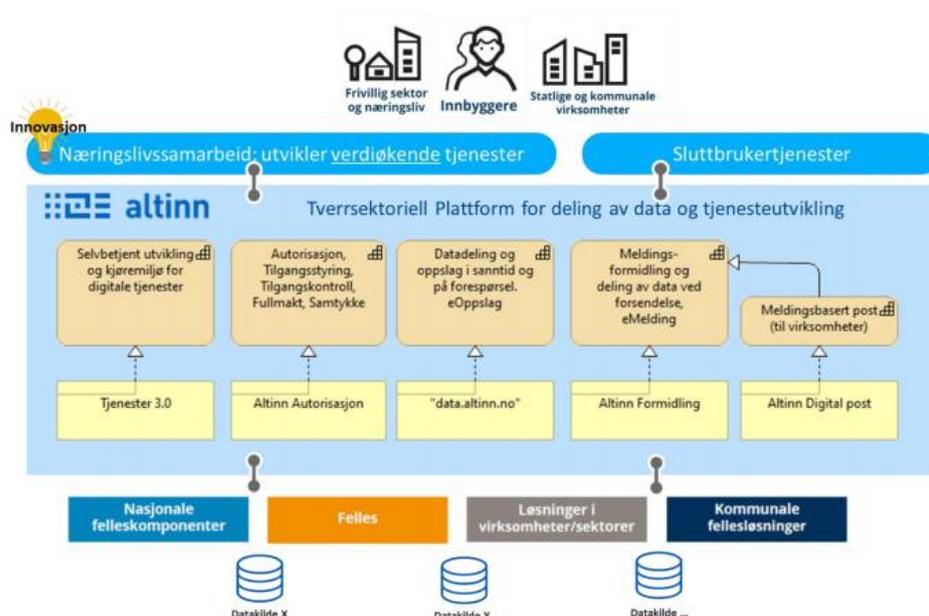
3.2 Altinn⁸

Altinn ble startet i 2003 som et samarbeid mellom Skatteetaten, Statistisk sentralbyrå og Brønnøysundregistrene, og skulle være en ALTERNATIV INNrapporteringskanal for økonomiske data. Siden den gang har samarbeidet blitt utvidet betydelig. Alle statlige virksomheter er i utgangspunktet pålagt å bruke Altinn-infrastrukturen der det er mulig. Også kommuner, fylkeskommuner, og andre offentlige virksomheter kan bruke Altinn. Altinn består per juni 2020 av 58 ulike tjenesteeiere (offentlige virksomheter).

Altinn skiller seg fra de øvrige felleskomponentene ved at det er en virksomhetskritisk/samfunnskritisk løsning. Nærings- og fiskeridepartementet ("NFD") har besluttet at Altinn har skjermingsverdige objekter i henhold til sikkerhetsloven.

Altinn tilbyr i dag både en portal og tekniske grensesnitt (API'er) for digital dialog mellom næringslivet, privatpersoner og offentlige etater (dialog- og datadelingsplattform). Altinn tilbyr også en teknisk plattform, som offentlige virksomheter kan benytte for å lage digitale tjenester (tjenesteutviklingsplattform), herunder elektroniske skjemaer, meldinger fra det offentlige, innsynstjenester i offentlige registre og andre elektroniske tjenester. Altinn er også en informasjonsportal for norsk næringsliv, under fanen «Starte og drive bedrift».

Følgende figur illustrerer Altinn med produkter:⁹



Fram til 31. desember 2019 var det Brønnøysundregistrene som forvaltet Altinn. Fra 1. januar 2020 ble Altinn del av Digitaliseringsdirektoratet ("Digdir"). Drifts-, forvaltnings- og

⁸ Informasjonen i dette avsnittet er basert på opplysninger i Altinn IT-Sourcingstrategi (mai 2019), Altinn-strategien 2016, revidert 2019, Kvalifikasjonsgrunnlag for tjenestekjøp, konkurranse med forhandling, Drift, forvaltning og videreutvikling av Altinn-løsningen (2014).

⁹ Produktstrategi Altinn, Revisjon Versjon 1.2, 1. desember 2019, s. 10.

videreutviklingstjenester er drevet av fem ulike private leverandører som ble anskaffet gjennom en offentlig anskaffelse i 2014. Kontraktene har varighet fra 2015 til 2021.

Altinn blir benyttet mest av næringslivet, men også privatpersoner benytter portalen for å levere skattemeldingen og andre skjemaer digitalt. Over 4 millioner privatpersoner har en innboks (inkludert «arkiv») i Altinn knyttet til fødselsnummeret sitt. Over 1 million virksomheter er registrert som brukere gjennom et organisasjonsnummer. Bruken av tjenestene i Altinn øker stadig. I følge Altinn har løsningen ført til innsparinger på 3-5 milliarder for både det offentlige og næringslivet siden oppstarten.

Altinn er godt i gang med videreutviklingsarbeidet "Altinn 3.0" og ble satt i produksjon juni 2020. Her er blant annet mulighet for at private tjenesteeiere skal kunne bruke Altinn-plattformen som en digital infrastruktur til å bygge egne tjenester.

Altinns prismodell fungerer per i dag slik at kostnader til videreutvikling og utvikling av funksjonalitet i Altinn-løsningen, som benyttes av flere tjenesteeiere, er sentralfinansiert over statsbudsjettet. Videreutvikling av spesiell funksjonalitet, blir fakturert den enkelte tjenesteeier.

Kostnader til drift og forvaltning blir fordelt mellom tjenesteeierne etter en fordelingsnøkkel. Her er størrelse det viktigste kriteriet for fordeling av kostnader – "størrelse" da i betydningen antall transaksjoner som genereres av den enkelte virksomheten. Beregning av antall transaksjoner skal gjøres for følgende typer tjenester: innsending, melding, innsyn og formidling. Tjenesteeierne er ut fra dette delt inn i fem størrelseskategorier: svært stor, stor, medium, liten, andre. Tjenesteeiere i kategoriene "Medium", "Liten" og "Andre" blir belastet en fastpris, mens tjenesteeiere i kategoriene "Stor" og "Svært stor" fordeler de resterende kostnadene.

3.3 ID-porten¹⁰

ID-porten er en felles innloggingsløsning (autentisering) som brukes av statlige og kommunale virksomheter for å gi innbyggerne tilgang til digitale tjenester. Det betyr at offentlige aktører slipper kostnadene ved å etablere og vedlikeholde egne innloggingsløsninger. ID-porten er et nav / tillitsanker for tjenesteeiere i offentlig sektor. 830 offentlig virksomheter – nesten hele offentlig sektor – bruker pålogging gjennom ID-porten. ID-porten har ca. 450 000 innlogginger hver dag.¹¹

For å få logge seg inn på tjenester fra stat og kommune på nett må man ha en elektronisk ID (eID). I ID-porten kan man velge mellom flere alternative eID'er. På høyeste sikkerhetsnivå (sikkerhetsnivå 4) kan man i dag velge mellom fem ulike eID'er fra tre ulike private leverandører eller leverandørgrupperinger, henholdsvis BankID, BankID på mobil, Buypass, Buypass ID på mobil, eller Commfides eID. ID-porten knytter tjenesteeiere og eID leverandører sammen ved å tilrettelegge for gjennomføring av autentisering hos eID-leverandøren og videreformidle resultatet til tjenesteeier slik at brukeren kan logges inn.

¹⁰ Informasjonen i dette avsnittet er basert på opplysninger fra nettsiden eid.difi.no, samt Kvalifikasjonsgrunnlag for anskaffelse av Driftstjenester for ID-Porten/MinID og Digitalt kontaktregister (2013) og kvalifikasjonsgrunnlaget for anskaffelse av eID-leverandør til ID-porten (2018).

¹¹ Oppdaterte tall per mai 2020.

I tillegg kan man gjennom ID-porten benytte MinID (sikkerhetsnivå 3). MinID er en eID utstedt av Digitaliseringsdirektoratet. For å opprette MinID må du oppgi e-postadresse og telefonnummer (som deles med kontakt- og reservasjonsregisteret) og opprette brukerprofil.¹²

ID-porten er en innloggingsløsning. For å logge inn på en offentlig digital tjeneste må man gå til den aktuelle tjenesten sin nettside, for eksempel Altinn, Nav, Lånekassen, Skatteetaten osv. Når brukeren velger å logge inn, videresendes brukeren til ID-porten som bistår med autentiseringen og deretter returneres brukeren til den tjenesten brukeren ønsker å logge inn på.

Digdir tilbyr følgende tjenester gjennom ID-porten:¹³

- **Autentisering av sluttbrukere**
Som beskrevet ovenfor. Herunder tilbyr ID-porten såkalt langtløpende innlogging, som oftest gjennom mobilapper. Dette går ut på at ID-porten krever full innlogging én gang, deretter kreves det i en gitt periode bare en pincode, fingeravtrykk eller FaceID. ID-porten vil med jevne mellomrom kreve ny full innlogging, og ivaretar dermed sikkerheten.
- **Single sign-on**
Der det ut fra en risikovurdering er akseptabelt, vil ID-porten tilby engangspålogging (single sign-on), slik at sluttbruker får tilgang til tjenester på tvers av tjenesteeierne gjennom én pålogging til ID-porten. Det er tjenesteeier som vurderer om de ønsker å gi tilgang basert på innlogging hos en annen tjenesteeier.
- **Anonymisert pålogging**
I noen tjenester kan det være behov for å sikre autentisering av innbygger, men at innbygger likevel ikke skal eller trenger å identifiseres av tjenesten. ID-porten tilbyr anonymisert (pseudonym) innlogging overfor tjenesteeier.
- **API-sikring**
ID-porten kan også la sluttbrukere autorisere en tjeneste til å opptre på vegne av sluttbrukeren opp mot APIer.
- **eSignering**
Levert av Digipost på vegne av Digdir.

I henhold til ID-portens produktstrategi for 2020-2025 skal løsningen:

1. Dekke offentlig sektors behov for et nasjonalt tillitsanker for autentisering, herunder single sign-on.
2. Dekke offentlig sektors behov for identifisering og autentisering av personer, herunder også ansatte og utenlandske sluttbrukere.
ID-porten er knyttet til EUs infrastruktur for autentisering på tvers av landegrensene i EØS-området på basis av eIDAS-forordningen. ID-porten tilbyr støtte for at sluttbrukere fra andre europeiske land kan benytte sin eksisterende eID for tilgang til norske offentlige tjenester på nett. Dette foregår slik at medlemsstatene har ansvar for å notifikere eID'er til bruk for tjenester i offentlig sektor. Statene har i henhold til eIDAS-forordningen plikt til gjensidig anerkjennelse av eID'er som andre medlemsland har notifikert på de to høyeste

¹² <http://id-porten.no/nb/minid/brukervilkar>

¹³ <https://samarbeid.difi.no/bruksvilkar/bruksvilkar-digdirs-digitale-felleslosninger#2.BruksvilkaarforID-porten>

sikkerhetsnivåene forutsatt at staten selv har notifisert en eller flere eID'er på samme nivå. Norge er, sammen med bransjen, i prosess med å vurdere notifisering på nivå 4.

3. Dekke offentlig sektors behov for autentisering av virksomheter
ID-porten skal dekke offentlig sektors fellesbehov for autentisering av virksomheter på en måte som er enklere, sikrere og mer kostnadseffektiv enn den tradisjonelle bruken av virksomhets sertifikater bilateralt mellom virksomheter.
4. ID-porten skal være en sikker autentiseringsløsning.
ID-porten skal tilpasse seg ny sikkerhetsteknologi og ha gode sikkerhetsrutiner, og tekniske og organisatoriske tiltak for å håndtere sikkerhetsrisikoer, i henhold til Lov om elektroniske tillitstjenester, som inkorporerer eIDAS-forordningen i norsk rett.¹⁴ Dette innebærer også innebygd informasjonssikkerhet fra informasjonen oppstår til den slettes. Digital Agenda påpeker at ivaretagelse av personvern og informasjonssikkerhet er avgjørende for at offentlig sektor skal lykkes med sitt digitaliseringsarbeid.¹⁵
5. ID-porten skal være en brukerrettet autentiseringsløsning.
Herunder skal ID-porten bidra til godt personvern og legge til rette for bruk av digitale fullmakter og avgivelse av digitalt samtykke, for eksempel for verger.

I følge Digdir finnes det gode private alternativer til autentiseringsløsninger i markedet. Digdir nevner Signicat og Signant som eksempler.¹⁶ I følge Digdir kan tjenesteeiere teknisk sett også knytte til seg eID-leverandører direkte, og behøver ikke bruke et mellomledd/portal som disse eller ID-porten. Digitaliseringsrundskrivet pålegger imidlertid statlige virksomheter å bruke ID-porten.

Fordelene ved ID-porten som offentlig løsning er angitt å være følgende:¹⁷

- Enkel integrasjon mot de tre eID'ene i det norske markedet som for øyeblikket tilbys på sikkerhetsnivå 4, se ovenfor. De ovennevnte private alternativene (Signicat og Signant) støtter imidlertid også autentisering med flere eID'er.
- Mulighet til å bruke den offentlige eID'en MinID. Sistnevnte har også lavere aldersgrense (13 år) enn andre eID'er (som oftest 18 år).
- Single sign on
- Offentlig forvaltning skaper et ekstra tillitsledd. Hvis en sluttbruker for eksempel logger inn i et nettapotek via BankID kan BankID se hvor vedkommende har logget inn og selge denne informasjonen for rettet markedsføring osv. Hvis man derimot har logget inn med BankID via ID-porten kan BankID bare se at vedkommende har logget inn på en tjeneste med ID-porten, men ikke hvilken tjeneste.

Digitaliseringsdirektoratet fakturerer tjenesteeierne kostnaden for autentisering i ID-porten med eID fra private markedsaktører. Kostnadene blir fordelt forholdsmessig mellom de kundene som har et samlet transaksjonsvolum for autentisering i ID-porten over 200 000 transaksjoner per avregningsår.

¹⁴ Inkorporerer forordning (EU) nr. 910/2014) om elektronisk identifikasjon og tillitstjenester for elektroniske transaksjoner i det indre marked (eIDAS-forordningen)

¹⁵ Meld.St. 27 Digital Agenda for Norge (2015-2016)

¹⁶ Møte med Digdir ved Hans Gunnar Hagelin 30. juni 2020.

¹⁷ Møte med Digdir ved Hans Gunnar Hagelin 30. juni 2020.

Bruk av ID-porten er kostnadsfri for virksomheter med et samlet transaksjonsvolum under 200 000 transaksjoner per avregningsår. Estimert pris per transaksjon for autentisering for avregningsåret 01.10.2019 – 30.09.2020 er forventet å bli ca. kr 0,28 eks. mva.

Digdirs egne kostnader med å administrere og forvalte ID-porten blir ikke belastet tjenesteeierne.

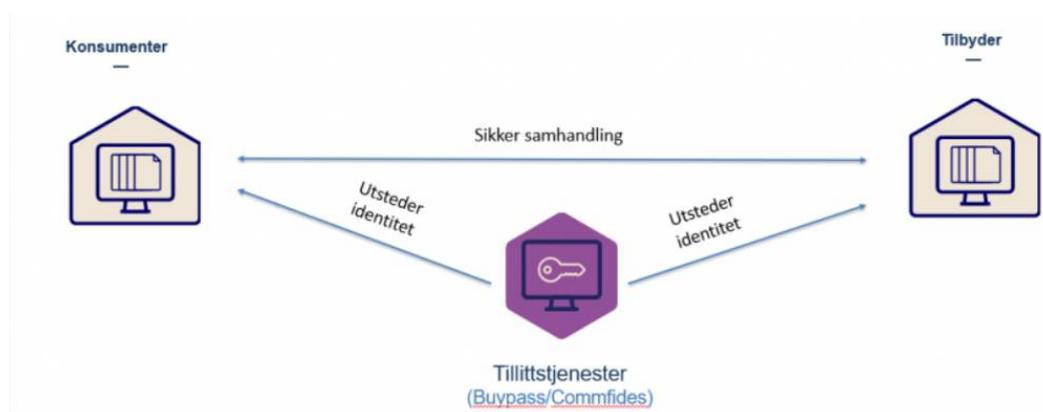
3.4 Maskinporten¹⁸

Mens ID-porten tilrettelegger for autentisering av personer som ønsker å logge seg på en digital tjeneste, sørger Maskinporten for sikker autentisering og tilgangskontroll for automatisert/maskinell datautveksling mellom virksomheter. Maskinporten er et tillitsanker som bekrefter identiteten til virksomheter og knytter en maskin eller tjeneste til virksomheten (autentisering). Maskinporten håndterer i praksis også autorisering; for tiden ved at en autentisert forespørsel gir tilgang til på forhånd avtalte datasett.

Før Maskinporten ble lansert i 2019, kunne man bare sørge for dette gjennom bruk av digitale sertifikater som ble utvekslet og verifisert direkte mellom to virksomheter. Dette skaper et komplekst og uoversiktlig bilde når man har store mengder data man vil dele med mange aktører eller sensitive data man bare vil dele med noen. Det blir også tungvint for den enkelte virksomhet å måtte vedlikeholde store mengder sertifikater mot mange enkeltaktører når det kan løses gjennom en fellestjeneste.

Maskinporten tar seg av håndteringen av sertifikater og verifiserer koplingen mellom en maskin eller tjeneste og en virksomhet, enten man er tilbyder av eller bruker av data. For å kunne gjøre dette benytter Maskinporten leverandører av virksomhetssertifikat, som Buypass og Commfides, som blir verifisert gjennom informasjon fra Enhetsregistret og Folkeregisteret.

Digdir illustrerer Maskinportens bruk på følgende måte:



En virksomhet som har data som skal deles med andre er API-tilbyder. En virksomhet som skal bruke data som andre har delt er API-konsument.

¹⁸ Informasjonen i dette avsnittet er basert på opplysninger fra nettsiden samarbeid.difi.no, og <https://www.difi.no/fagomrader-og-tjenester/difis-felleslosninger/maskinporten> og Digdirs presentasjon for WR i møte 5. juni.

Prismodellen for Maskinporten baserer seg på brukerfinansiering med en årlig grunnpris (50 000 kr) + pris per API-konsument. Det gis volumrabatt for API-konsumenter, og det er satt et pristak på 799 500 kr pr. år. Det er API-tilbydere som blir fakturert. API-tilbydere dekker også egne kostnader for etablering og vedlikehold.

Digdir har regnet ut at den samlede samfunnsgevinsten av Maskinporten i løpet av de første fire driftsårene vil være 415 MNOK. Dette skal gi en avkastning på investeringen (ROI effekt) på 75 ganger kostnad.

Et eksempel på bruk av Maskinporten:

En NAV-bruker som får innvilget arbeidsavklaringspenger kan samtidig ha rett på forsikringsutbetaling. Forsikringsselskapet må først vite om søknaden er innvilget av NAV, hvilken periode det gjelder og annen spesifikk informasjon. Forsikringsselskapet skal derimot ikke ha sensitiv informasjon om arbeidsevne og helse. NAV utveksler derfor bare data som forsikringsselskapene trenger for å vurdere riktig til erstatning. NAV bruker Maskinporten for å få bekreftet hvilken virksomhet det er som spør, slik at de kan sikre at selskapene får tilgang til den informasjonen de skal ha, og bare den. Det er også lagt inn funksjonalitet som gjør det mulig å etterspørre opplysninger om bare én konkret person ved å oppgi fødselsnummer.

Ifølge KMD er Maskinporten en løsning som private autentiseringsordninger også kunne levert, f.eks. Bypass og Comfides.

3.5 Kontakt- og reservasjonsregisteret¹⁹

Kontakt- og reservasjonsregisteret ("KRR") inneholder digital kontaktinformasjon om innbyggerne. Kontaktinformasjonen er registrert av den enkelte selv. Kontaktinformasjonen oppdateres ved at den enkelte, med jevne mellomrom, blir bedt om å bekrefte eller korrigere kontaktinformasjonen i forbindelse med innlogging via ID-porten. KRR skiller seg fra de andre felleskomponentene ved at det er et selvstendig register.

Forskrift om elektronisk kommunikasjon med og i forvaltningen (eForvaltningsforskriften) kapittel 7, hjemler og regulerer registrering, bruk og behandling av opplysningene i registeret. eForvaltningsforskriften §§ 8 og 9 inneholder bestemmelser om varsling og om rett til å reservere seg mot bruk av elektronisk kommunikasjon.

Forvaltningen kan kommunisere elektronisk med den som ikke har reservert seg i KRR, se forvaltningsloven § 15a og eForvaltningsforskriften § 9. For visse typer av henvendelser fra det offentlige skal det sendes varsel i henhold til opplysningene som den enkelte har registrert i KRR, se eForvaltningsforskriften § 8.

Kontakt- og reservasjonsregisteret kan inneholde følgende informasjon:

- fødselsnummer
- mobiltelefonnummer og e-postadresse

¹⁹ Informasjonen i dette avsnittet er basert på opplysninger fra nettsiden eid.difi.no og Digdirs presentasjon for WR i møte 5. juni.

- opplysninger om hvilken digitale postkasse man har valgt
- språkvalg for elektronisk kommunikasjon
- om man har reservert seg mot elektronisk kommunikasjon
- eventuelle fullmaktsforhold
- andre opplysninger som er nødvendige for forvaltningens elektroniske kommunikasjon i forbindelse med saksbehandling og utføring av forvaltningsoppgaver

Innbyggerne blir bedt om å bekrefte eller rette informasjonen i KRR hver tredje måned i forbindelse med at de logger seg inn i ID-porten.

Det er Digdir som er behandlingsansvarlig for kontaktopplysningene i Kontakt- og reservasjonsregisteret. Digdir avgjør hvordan forvaltningen skal gis tilgang til registeret, herunder om forvaltningsorgan skal kunne opprette sin egen kopi av registeret. Digdir skal også treffe tiltak for å sikre tilfredsstillende kvalitet på opplysningene, og sette vilkår for bruken av registeret. Se eForvaltningsforskriften § 29

Opplysningene i KRR kan benyttes i forbindelse med saksbehandling og utføring av forvaltningsoppgaver for øvrig, se eForvaltningsforskriften §§ 8 og 29. Alle forvaltningsorganer skal benytte kontaktinformasjonen i KRR til å sende varsel til den enkelte om enkeltvedtak og andre viktige brev som er sendt til vedkommende på nett. Man vil også kunne få servicemeldinger og informasjon på SMS eller e-post, for eksempel påminnelse om legeavtaler, og varsel om stenging av vann. Innbygger har rett til å reservere seg mot å få vedtak og andre viktige brev og varsler digitalt, se eForvaltningsforskriften § 9.

KRR omfatter i dag 4,4 millioner innbyggere. Dette tilsvarer 98 prosent av innbyggerne mellom 16-80 år.

4 CASENE

4.1 Innledning – kort om DSOP

Digitalt Samarbeid Offentlig Privat (DSOP) ble opprettet i 2016 og omfatter Digdir som ansvarlig for Altinn (tidligere lå Altinn hos Brønnøysundregistrene), Skatteetaten, Finans Norge, Bits AS, NAV, Politiet, Kartverket og Eiendom Norge. Partene samarbeider om konkrete prosjekter for å effektivisere utveksling av informasjon som en part har behov for.²⁰ Målet er at innsats og nytte for partene skal balanseres over tid. Samarbeidet står blant annet bak samtykkebasert lånesøknad og digital samhandling ved eiendomshandel som er beskrevet nedenfor. Disse løsningene har, ifølge Digdir, et samlet beregnet gevinstpotensial for samfunnet på 25 milliarder kroner over 10 år.

4.2 Samtykkebasert lånesøknad.

Samtykkebasert lånesøknad (SBL) ble lansert i 2018. SBL er utviklet av Skatteetaten, Brønnøysundregistrene og finansnæringen v/Finans Norge og Bits AS.

²⁰ Én digital offentlig sektor – Digitaliseringsstrategi for offentlig sektor 2019-2025, Regjeringen og KS, juni 2019.

Når forbrukere tidligere skulle søke om lån i en bank måtte vedkommende selv gå inn i Altinn og hente skattegrunnlag og inntektsdata fra Skatteetaten og levere dem til banken. SBL gjør at lånesøker nå kan gi digitalt samtykke via Altinn til at Skatteetaten kan dele informasjon om inntekt, gjeld og formue med banken.²¹ Forbrukeren opphever altså Skatteetatens taushetsplikt. SBL forutsetter også at lånesøker logger seg inn i Altinn via ID-porten for å avgi slikt samtykke.

Altinn anslår at SBL har en anslått samfunnsøkonomisk gevinst opp mot 9 milliarder kroner.²² SBL gjør lånesøknaden enklere og raskere for forbrukerne. I tillegg ivaretas personvernet ved at banken bare får se den informasjonen de trenger for å kunne behandle lånesøknaden, og ikke hele skattemeldingen, som var tilfellet før. I følge KMD medfører SBL også at bankene sparer mye ressurser, og oppnår store gevinster i form av at de kan utstede flere lån. Skatteetaten sparer derimot ikke ressurser på SBL. Opplysningene ligger uansett hos etaten. Der det tidligere var forbruker som hentet dem ut, er det nå banken.

Digdir understreker at Skatteetaten og Altinn likevel kan sies å oppnå en gevinst ved at de oppfyller "once only" prinsippet.²³

KMD oppga i møtet med WR 28. juni 2020 at SBL ikke er priset mot bankene i dag.

I dag er det bare bankene som benytter SBL. Altinn oppgir at også andre aktører kan ha nytte av løsningen.

Teknisk sett kunne SBL også vært utviklet av en privat utvikler. Offentlig utvikling bidrar imidlertid til tillit. Det ville også vært mer ressurskrevende for Skatteetaten å skulle forholde seg til flere konkurrerende samtykkeløsninger. Konkurransen mellom ulike privatutviklede samtykkeløsninger kan også skape utfordringer.

En slags gjenytelse for SBL er løsningen der Skatteetaten kan få lovhjemlet tilgang til kontoinformasjon fra bankene i forbindelse med etterforskning av mulig skattekriminalitet. Skatteetaten, bankene og Altinn har båret egne utviklingskostnader for dette. Man har imidlertid ikke regnet på om de ulike partenes kostnader til SBL går "opp i opp" med kostnadene partene har hatt for å utvikle løsningen for lovhjemlet tilgang til kontoinformasjon.

4.3 Fellestjenester Bygg – Digital nabovarsling

Direktoratet for byggkvalitet (DIBK) har etablert en tjenesteplattform på Altinn for digitale søknadsløsninger på byggesaksområdet – Fellestjenester BYGG.

Direktoratet for Byggkvalitet har gitt tjenesteleverandører i IKT-bransjen muligheten til å utvikle kommersielle søknadsløsninger for byggesøknader for både profesjonelle aktører og publikum ved hjelp av validerings- og innsendingstjenestene i Fellestjenester BYGG. Ved hjelp av Fellestjenester BYGG vil alle digitale byggesøknader komme til riktig kommunene i et felles format og utseende uavhengig hvilket søknadssystem søker velger å benytte. Fellestjenester BYGG tilbyr også automatisk

²¹ En digital offentlig sektor, Boks 7.2 Samtykkebasert lånesøknad:

²² Altinn for en ny tid, Altinnstrategi 2016, revidert mai 2019, punkt 3.3.

²³ Møte med Digdir ved Frank Åsli 29. juni 2020.

kontroll av en byggesøknad mot gjeldende regelverk før innsending til kommunen. I tillegg ivaretas digital viderefremdling av søknader og videre dialog mellom søkeren og kommunen i forbindelse med behandling av søknaden.

DIBK krever at IKT-leverandørene har tjenestekonsesjon²⁴ fra direktoratet for å kunne bruke Fellestjenester BYGG til å lage og publisere digitale løsninger for byggesøknader. I dag har 17 firmaer og interesseorganisasjoner slik tjenestekonsesjon.²⁵ Leverandørene tilbyr løsninger for blant annet rammesøknad, igangsettingstillatelse, ettrinnsøknad, gjennomføringsplan, midlertidig brukstillatelse, ferdigattest, nabovarsel, ansvarsrett, samsvarserklæring og kontrollerklæring. WR oppfatter at løsningene er dels overlappende og konkurrerende, dels komplementære.

Innovasjonsmeldingen forklarer utviklingen av Fellestjenester BYGG slik:²⁶

"DiBK har tilrettelagt for digital bruk av regelverket og bygget infrastrukturen, mens det er næringen som har utviklet sluttbrukerløsningene. Målet har vært å skape et attraktivt marked for kommersielle aktører som kan tilby gode søknadsløsninger til innbyggere og profesjonelle aktører. [...] Flere av løsningene er tilpasset ulike søkergrupper, som arkitekter og rørleggere. Det er også utviklet en løsning for digital nabovarsling, som har skapt store gevinster for private og profesjonelle søkere."

En av tjenestene som tilbys på Fellestjenester BYGG er digital nabovarsling til både private og profesjonelle søkere. Nabovarsel foregikk tidligere gjennom rekommanderte brevsendinger. Digital nabovarsling er en digital prosess der nabovarsel sendes og mottas via Altinn.²⁷

Proessen er raskere, enklere og billigere for søker og nabo. Søkeren lager nabovarselet digitalt og betaler via betalingstjenesten Nets. Deretter sendes det elektroniske nabovarselet automatisk til de valgte naboenes innboks hos Altinn. Dersom noen av naboene har merknader, kan de åpne vedlegget hos Altinn, skrive inn sine kommentarer, signere digitalt og sende svaret i retur til søker via Altinn.

Nabovarselet går ikke via DIBK, kommunen eller annen offentlig etat, men via arkitektkontor og privatpersoner.

Fellestjenester BYGG forutsetter bruk av flere felleskomponenter enn Altinn. For å logge seg inn på Fellestjenester BYGG i Altinn brukes ID-porten av for eksempel søker, arkitekt, håndverkere som skal signere ansvarsrett. I tillegg brukes kommunenes meldingssystem på den kommunale FIKS-plattformen til innsending til kommunene. Altinn bruker også kontaktinformasjon i KRR for å sende varsel om at det ligger melding om nabovarsel i naboenes innboks i Altinn. I tillegg trengs

²⁴ Vi har brukt begrepet tjenestekonsesjon da DIBK omtaler avtalene som tjenestekonsesjoner.

Tjenestekonsesjon er et anskaffelsesrettslig begrep regulert i egne forskrift om offentlige anskaffelser om inngåelse av tjenestekonsesjoner. Vi har ved å bruke begrepet ikke tatt rettslig stilling til om avtalene i anskaffelsesrettslig forstand utgjør tjenestekonsesjoner og det dermed utløses krav ved inngåelse av avtalene.

²⁵ Kunngjort i 2016. Utviklingen av søknadsløsninger har foregått siden våren 2017, og de første nettbaserte søknadsløsningene kom på plass høsten 2018.

²⁶ Boks 11.3 Fellestjenester Bygg legger til rette – markedet leverer løsningene

²⁷ Vi har hentet informasjon om denne løsningen fra følgende nettsider:

Altinn:<https://www.altinn.no/skjemaoversikt/kommunene/nabovarsel/> og Direktoratet for byggkvalitet: <https://dibk.no/verktoy-og-veivisere/andre-fagomrader/fellestjenester-bygg/tjenestene/elektronisk-nabovarsel-fra-norkart/>. Informasjonen er supplert med opplysninger fra KMD i møte 28. mai 2020.

kontaklinformasjonen i KRR for å se om de har reservert seg mot elektronisk kommunikasjon. Privatpersoner og bedrifter har ikke tilgang til KRR. DIBK og Altinn jobber derfor med en løsning der DIBK gjør oppslag i KRR for søker. Denne er ikke ferdig. Per i dag får søker derfor bare beskjed om at et nabovarsel ikke vil gå gjennom til en bestemt nabo man forsøker å varsle, uten å få vite dette på forhånd.

IKT-leverandørene som har konsesjon betaler ikke for tilgangen til de offentlige felleskomponentene, og mottar heller ikke vederlag fra DIBK. Konsesjonshaverne bærer den fulle risikoen for egen inntjening. Leverandørene finansierer løsningene gjennom avgifter fra søkerne i form av abonnement eller stykkpris.

DIBK har regnet ut av Fellestjenester BYGG fører til besparelser på minimum MNOK 800 i året fordelt på 2/3 for private, 1/3 hos kommunene i søknadsbehandling. DIBK selv har ikke spart noe, men har hatt kostnader på ca. MNOK 38 til utvikling og drift (herunder betaling til Digdir for bruk av felleskomponentene). I følge DIBK er den transaksjonsbaserte betalingsmodellen for felleskomponentene fordyrende ettersom Fellestjenester BYGG generer mange transaksjoner.

DIBK vurderte å utvikle søknadsløsningene selv, men anså at private var bedre egnet til dette på grunn av rask teknologisk utvikling og en lite ensartet brukergruppe. Det er et offentlig ansvar å fastsette og forvalte regler om hva som skal inngå i en byggesøknad. De private tilbyr bare tekniske hjelpemidler og eventuelle tilleggstjenester for å oppfylle de offentlige kravene. DIBKs jobb er å digitalisere regelverket og implementere dette i søknadsløsningen.

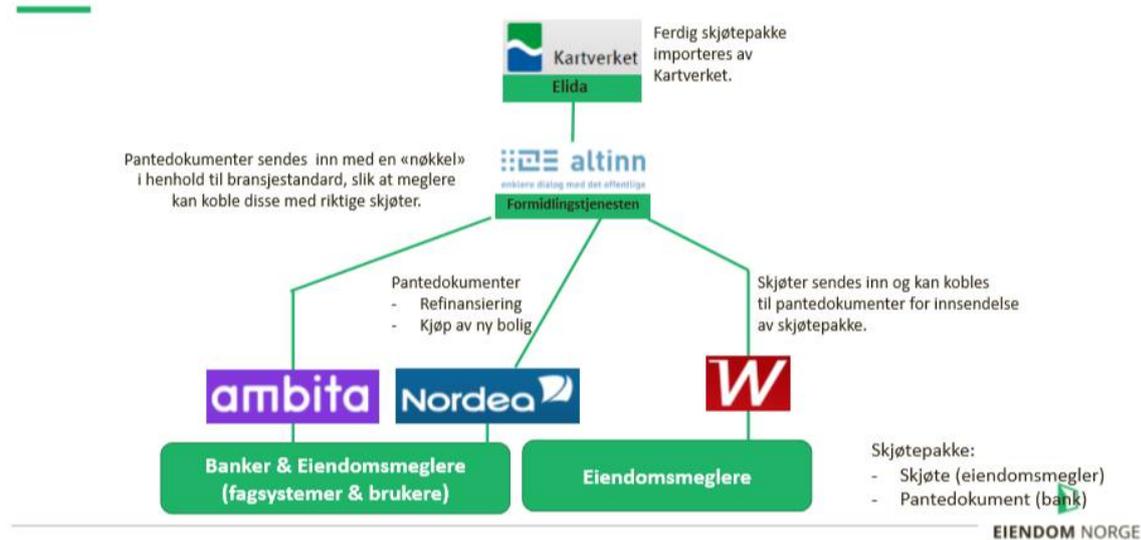
4.4 Digital samhandling ved eiendomshandel

Digital samhandling ved eiendomshandel ("Digital eiendomshandel") er et samarbeid mellom Kartverket, Finans Norge og Eiendom Norge. Formålet er å digitalisere hele boligkjøpsprosessen, og all dialogen som går mellom bank og megler i forbindelse med en bolighandel.

Første fase av prosjektet er den såkalte "Skjøtepakke 2". Dette er en løsning der elektronisk signert pantedokument sendes fra bank til megler. Megler setter så pantedokumentet sammen med signert skjøte og sender det som en elektronisk kjøtepakke til Kartverket for elektronisk tinglysing. Løsningen bygger på Kartverkets løsning Digital tinglysing, den såkalte "Skjøtepakke 1". Oppslutningen hos meglere om Digital tinglysing gikk tregt så lenge bank og megler fortsatt kommuniserte manuelt. Med Digital eiendomshandel fungerer Altinn nå som digital kobling dem imellom. Altinn er altså en meldingsformidler mellom to private virksomheter.²⁸

²⁸ Digdirs notat av 4. februar 2020 s. 9.

Infrastruktur for elektronisk tinglysning – fase 1



I følge Digidir ønsket "[b]åde Eiendom Norge og Finans Norge [...] å bidra økonomisk med en felles tjeneste via Altinn, men pga. manglende OPS samfinansieringsmodell vedtok Kartverket å finansiere utvikling av tjenesten samt de løpende driftskostnadene inntil en eventuell fremtidig modell hvor Eiendom Norge og Finans Norge kan "overta" forvaltning og finansiering."²⁹

Videre ledd i boligkjøpsprosessen som ønskes digitalisert er kjøpekontrakt, bekreftelse av finansiering i forbindelse med budrunder, prosess rundt mellomfinansiering, restgjeldsoppgave og saldoforespørsel fra megler til bank, automatisk bekreftelse tilbake til bank når pantet er tinglyst, samt en endelig bekreftelse på oppnådd prioritet.³⁰ I tillegg har Eiendom Norge foreslått at Altinns samtykkeløsning også kan brukes for å dele informasjon mellom kommuner på den ene siden og meglere, forretningsførere på den andre siden.

Digidir oppgir at en utvidelse av Digital Eiendomshandel ikke nødvendigvis krever at man utvikler (og finansierer) ny funksjonalitet i Altinn.

Digital eiendomshandel gjør bolighandelen enklere og raskere. I følge Digidir var gevinstene av Digital Eiendomshandel i februar 2020 beregnet til i overkant av 12 milliarder. Besparelse bank/megler er ca. 4,9 og hos forbruker 7,43 milliarder.³¹ Kartverket skal ikke ha spart noe økonomisk på digital eiendomshandel.

²⁹ Notat av 4. februar 2020.

³⁰ Informasjon hentet fra BITS: <https://www.bits.no/project/digital-samhandling-ved-eiendomshandel/>

³¹ Notat av 4. februar 2020 s. 9.

4.5 Henvendelser om tilgang til ID-porten

Handelshøgskolen BI fremmet i 2013 en forespørsel til Difi om å få bruke ID-porten som pålogging for elektroniske selvbetjeningstjenester som de tilbyr studentene.³² Fordi studentene allerede benytter ID-porten som pålogging til Lånekassen, ønsket BI å forenkle påloggingen ved å bruke ID-porten til sine tjenester.

Vi har ikke mottatt noen konkret dokumentasjon på hvorfor BI ønsket å bruke ID-porten kontra en privat autentiseringsløsning. Digidir oppgir at mulighetene for langtlivende innlogging, single sign on, og gunstige betalingsvilkår kunne være aktuelle årsaker.

Digidir avsto BIs forespørsel ettersom BI ikke oppfylte vilkårene for å kunne bruke ID-porten som felleskomponent, se punkt 3.1 ovenfor. BI er en privat høyskole. Selv om skolen er omfattet av Universitets- og Høgskoleloven, har rett til å bruke Samordna opptak og innlogging via Feide,³³ og fatter noen forvaltningsvedtak, utfører de ikke forvaltningsoppgaver på vegne av det offentlige.

Visma skole er digital løsning for både offentlige og private skoler. Innloggingen foregår via en app. Over 200 kommuner bruker appen for innlogging til sine skoler.³⁴ Visma er underleverandør til kommunene. Det innebærer at hver enkelt kommune må inngå en kundeavtale med ID-porten, og at Visma må signere de såkalte leverandørvilkårene. Dette medfører meradministrasjon sammenlignet med situasjonen dersom Visma hadde vært kunde av ID-porten direkte. Visma har derfor søkt om å få bli ID-portenkunde. Difi har avslått forespørselen ettersom Visma ikke oppfylder vilkårene for å kunne bruke ID-porten som felleskomponent, se punkt 3.1 ovenfor. Difi tolker vilkårene slik at systemleverandører, som Visma, generelt ikke oppfylder vilkårene. I tillegg tilbyr Visma sin app til privatskoler.

Apotekene har fått tillatelse til å bruke ID-porten når kunder kjøper reseptbelagte legemidler i nettapotek.³⁵ ID-porten fungerer da som autentisering av kunden som er nødvendig for å hente informasjon fra reseptregisteret. Norsk Medisinaldepot har bedt om å få bruke ID-porten i Vitusapotekenes nettapotek også når kundene handler ikke-reseptbelagt legemidler og handelsvarer. Digidir har foreløpig avslått forespørselen med den begrunnelse at omsetning av produkter som ikke er reseptbelagte, ikke er en tjeneste som ytes på vegne av det offentlige eller etter avtale med det offentlige, jf. vilkårene sitert i punkt 3.1 ovenfor.

4.6 Henvendelser om tilgang til KRR

Storebrand forsikring har bedt om å få tilgang til KRR. Digidir har forklart at Storbrand for eksempel har bruk for slik tilgang når de skal betale ut uføreforsikring. Kundeforholdet mellom Storebrand og forsikringstaker kan være opprettet mens den som nå er ufør var i jobb. Da hender det kontaktinformasjonen er knyttet til jobben og ikke fungerer mer etter at vedkommende er blitt ufør.

³² Difis notat "Vurdering, BI som systemeigar i ID-porten" av 20. mai 2013.

³³ Feide er levert av UNIT, et statseid aksjeselskap som tilbyr digitale løsninger til utdannings- og forskningssektoren. Feide tilbyr en autentiseringsløsning som brukes av både private og offentlige kunder innen utdanning, for eksempel skoler og forlag.

³⁴ Notat fra Difi, ukjent tittel og dato, oversendt fra Digidir ved Hans Gunnar Hagelin, 29. juni 2020.

³⁵ E-poster og brev fra Vitusapotekene 7NMD høsten 2019/våren 2020.

Det medfører at det er mer krevende få kontakt med kunder som er blitt uføre og som nå har krav på forsikringsutbetaling.

Aktører i pensjonsnæringen ønsker også å bruke kontaktinformasjon i KRR for å få kontakt med personer de ikke har noe direkte kundeforhold med. Pensjonstilbydere ønsker for eksempel å kontakte ansatte i virksomheter som sparer til de ansattes pensjon hos tilbyderer, for å kunne opprette et direkte kundeforhold også med den ansatte.

Digdir har avslått alle slike forespørsler. Vi oppfatter at avslagene er begrunnet med vilkårene i eForvaltningsforskriften og brukervilkårene som sitert i punkt 3.1 ovenfor. Fra et praktisk ståsted kan det også være relevant at for høy bruk av registeret vil forringe kvaliteten. Dersom innbyggerne får for hyppige varslinger ol. som følge av oppslag i KRR vil flere kunne reservere seg mot elektronisk kommunikasjon eller vil unnlate å oppdatere kontaktinformasjon. Dette har også en side til rettsvirkningene av elektronisk varsling. eForvaltningsforskriften krever tilstrekkelig datakvalitet, og dermed oppdatert kontaktinformasjon, for at elektronisk varsling skal ha rettsvirkning.

I følge Digdir er det datakvaliteten i KRR som er attraktiv for private aktører. KRR ber, som nent i punkt 3.5 ovenfor, om bekreftelse på kontaktinformasjonen hver tredje måned når innbyggeren logger seg inn i ID-porten.

Digdir har opplevd at KRR har blitt misbrukt ved at en underleverandør til en kommune kopierte registeret og brukte kontaktinformasjonen til å sende ut markedsføring.

4.7 Konsekvenser

Privat bruk av felleskomponentene har foreløpig liten skala. Hvis bruken av eksisterende løsninger eller antallet løsninger øker kan det oppstå problemstilling med hensyn til finansiering av dem. Privat bruk kan medføre økte kostnader til blant annet forvaltning, utvikling og maskinvare.

Løsningene er, slik vi forstår, i all hovedsak finansiert av Digdir eller andre offentlige aktører. Gevinsten oppstår som hovedregel hos de private brukerne (banker, meglere osv.), og i noen tilfeller hos en annen offentlig aktør enn den som har tatt kostnaden med utviklingen. Vi er ikke kjent med at Digdir oppnår noen gevinster ved private virksomheters bruk der Digdir har tatt utviklingskostnaden. Altså oppstår gevinsten uansett et annet sted enn der kostnaden er tatt.

KMD og Digdir er derfor åpne for å vurdere samfinansieringsløsninger der private virksomheter som benytter felleskomponentene må betale deler av kostnader til bruk, drift, forvaltning og videreutvikling av disse.

5 HVILKE HINDRINGER OG MULIGHETER GIR REGELVERKET FOR STATSSTØTTE? - PROBLEMSTILLINGEN

5.1 Hva er statsstøtte?

EØS-avtalen artikkel 61 (1) inneholder et generelt forbud mot statsstøtte. Statsstøtte foreligger dersom følgende seks vilkår er oppfylt: 1) tiltaket må inneholde en økonomisk fordel som mottaker ikke kunne oppnådd på markedet, 2) støtten må være gitt av statsmidler, 3) støtten må være selektiv, dvs. favorisere bestemte foretak eller produksjonen av bestemte varer eller tjenester, 4) støtten må ytes til

foretak som driver økonomisk virksomhet, 5) støtten må vri eller true med å vri konkurransen og 6) støtten må være egnet til å påvirke samhandelen innen EØS-området.

Vilkårene i artikkel 61 (1) er kumulative. Det betyr at dersom ett vilkår ikke er oppfylt medfører et tiltak ikke statsstøtte. Hvis samtlige vilkår er oppfylt innebærer tiltaket statsstøtte. Da er det i utgangspunktet forbudt. Tiltaket kan likevel være lovlig ("forenlig med EØS-avtalen") hvis det er omfattet av et unntak fra forbudet i EØS-avtalen og regler med grunnlag dette. Støtte i form av gratis eller rabbertert tilgang til tjenester osv. er som oftest vanskelig å få til å passe inn i vilkårene for forenlig støtte. Vi vil derfor konsentrere oss om vilkårene for statsstøtte.

Begrepet støtte (**økonomisk fordel**) er vidt, og omfatter mer enn tradisjonelle subsidier. Også indirekte fordeler som f.eks. gratis eller rabbertert tilgang til tjenester, lokaler, personell mv. som finansieres av staten omfattes. At felleskomponentene, som er utviklet med statlige midler, gjøres tilgjengelig for private virksomheter, kan derfor reise statsstøtterettslige problemstillinger.

Gratis eller underpriset tilgang til fellesløsninger vil være finansiert av **statsmidler**. Videre er det generelt lav terskel for at **konkurransesvridnings- og samhandelskriteriet** er oppfylt dersom øvrige vilkår er det. Vi vil likevel knytte noen kommentarer til disse vilkårene der det er relevant.

I denne saken vurderer vi at støtte kan forekomme på to nivåer, og at følgende vilkår vil stå sentralt

- Støtte til Digdir eller offentlig tjenesteeier;
 - Blir staten et **foretak** ved å tilby tilgang til felleskomponentene?
 - I så fall, hvordan unngår man **støtte** (økonomisk fordel) til det offentlige "foretaket"?
- Støtte til private foretak;
 - Hvordan unngår man **selektiv støtte** til de private virksomhetene som får tilgang til felleskomponentene?

Det er en sammenheng mellom støtte til Digdir (eller den offentlige tjenesteeieren) og støtte til eventuelle private foretak som får tilgang til felleskomponentene. Statsstøtte til den private parten kan forekomme uansett om Digdir/tjenesteeier anses som et foretak eller ikke, men den juridiske vurderingen blir ulik i de to situasjonene. Om Digdir/tjenesteeier er et foretak er derfor svært viktig for den videre vurderingen. Dette spørsmålet må derfor avgjøres *før* man går nærmere inn på om Digdir/tjenesteeier risikerer å yte støtte til private foretak som får tilgang til felleskomponentene.

I avsnitt 5.3 gir vi en generell presentasjon av de rettslige problemstillingene, før vi drøfter de ulike felleskomponentene konkret i avsnitt 5.5 til 5.8.

Vi oppfatter at det kan variere noe om det er Digdir eller tjenesteeier som vil anses som "tilbyder" når private brukere gis adgang til å bruke en felleskomponent. Dette er forsøksvis reflektert i drøftelsene ved at begge nevnes der det er naturlig. Det kan nok likevel hende at dette ikke er konsekvent gjennomført, eller at det i visse sammenhenger er klart at det bare er Digdir som kan være tilbyder. I statsstøtterettslig sammenheng har dette imidlertid neppe betydning, fordi man ved vurderingen av foretaksbegrepet ser på funksjonen, ikke på organ eller juridisk person.

5.2 Oppsummering og hovedkonklusjoner

5.2.1 Støtte til Digdir/tjenesteeier

Digdir/tjenesteeier vil ikke være mottaker av statsstøtte i forbindelse med utvikling, drift og tilbud om tilgang til en felleskomponent så lenge dette skjer som ledd i en *ikke-økonomisk aktivitet*.

Digdir/tjenesteeier opptrer da ikke som foretak, og statlige bidrag til finansieringen vil derfor uansett falle utenfor statsstøtedefinisjonen. Virksomhet som er forbundet med *utøvelse av offentlig myndighet* er i henhold til rettspraksis ikke-økonomisk aktivitet. "Offentlig myndighet" må her forstås i vid forstand, og omfatter de fleste offentlige kjerneoppgaver, selv om det ikke fattes vedtak e.l.

Når offentlige tjenesteeiere selv benytter felleskomponentene i sin kjernevirksomhet, vil bruken av felleskomponentene være forbundet med utøvelse av offentlig myndighet, i den forstand at bruken tar sikte på å understøtte offentlige kjerneoppgaver. Digdir/tjenesteeier opptrer derfor ikke som foretak i forbindelse med den tradisjonelle bruken av felleskomponentene.

Virksomhet *forbundet med* utøvelse av offentlige kjerneoppgaver kan favne ganske vidt, og utelukker ikke at private virksomheter kan gis tilgang, så lenge dette understøtter den offentlige myndighetsutøvelsen eller kjerneoppgavene. Der tilgang gis for å lette gjennomføringen av forvaltningens plikter, er virksomheten fortsatt forbundet med utøvelse av offentlig myndighet. Vi finner av denne grunn at de tilfellene vi har vurdert hvor private virksomheter har fått tilgang til Altinn for å utvikle bl.a. samtykkebasert lånesøknad, løsninger knyttet til tinglysning eller byggesaksbehandling, har slik tilknytning til offentlig myndighet til at Digdir/tjenesteeier ikke blir å regne som "foretak" når det gis tilgang til Altinn. Dette kan imidlertid stille seg annerledes for noen av de andre påtenkte utvidelsene, som synes mer innrettet mot å tjene markedsaktørenes behov. Vi mener videre at enkelte henvendelser Digdir har mottatt om andre felleskomponenter, bl.a. forsikringsselskapers krav om tilgang til KRR for markedsføring mot personer som mottar NAV-ytelser.

Det er mulig å ta noe betalt fra private brukere av felleskomponenter i fremtiden, uten at Digdir/tjenesteeier dermed opptrer som et foretak. Dette forutsetter at betalingen ikke bærer preg av å være kommersielt vederlag og bare innebærer et visst bidrag til kostnadene. Fortrinnsvis bør også prisen fastsettes på politisk eller overordnet administrativt nivå, ikke som ledd i den daglige driften av felleskomponentene.

Dersom det er ønskelig å åpne for at private virksomheter får tilgang til felleskomponentene utover situasjoner der det kan etableres tilknytning til offentlig virksomhet, må dette skje på en av to måter:

- Man kan legge til grunn at Digdir/tjenesteeier da opptrer som økonomisk virksomhet, og kreve et vederlag som dekker relevante kostnader med tillegg av rimelig fortjeneste. Det kan være noe diskusjon om akkurat hvilke kostnader som må dekkes, men en slik løsning forutsetter uansett separat regnskapsføring for den delen av virksomheten som er av økonomisk karakter, og det må legges inn en fortjeneste; eller
- Man kan søke å forsvare utvidet bruk som "ikke-økonomisk" etter en analogi med særlige regler om infrastruktur. Grunnleggende digitale tjenester har visse likheter med infrastruktur, og omtales ofte som "digital infrastruktur". En del grunnleggende infrastruktur anses under gitte betingelser som ikke-økonomisk virksomhet i statsstøtteretten. Det finnes imidlertid ingen legaldefinisjon av infrastruktur, og vi har ikke funnet noen presedens for at digital

infrastruktur vurderes på denne måten, verken i statsstøttepraksis eller i policy-dokumenter på EU-nivå. Det kan finnes reelle argumenter for en slik tilnærming, men rettsgrunnlaget er så pass usikkert at vi mener dette eventuelt bør avklares med ESA før man baserer utvidet bruk av felleskomponentene på en slik løsning.

5.2.2 Støtte til private virksomheter som får tilgang til bruk av felleskomponentene

Støtte til de private virksomhetene som får tilgang til felleskomponentene, kan oppstå i to situasjoner:

- Dersom Digdir/tjenesteeier opptrer som foretak, vil brukerne kunne motta statsstøtte dersom de ikke betaler markedspris i henhold til prinsippene skissert ovenfor (dvs. – prisen dekker relevante kostnader med tillegg av rimelig fortjeneste). Dette må eventuelt søkes unngått gjennom separat regnskapsføring og korrekt kostnadsallokering; eller
- Selv om Digdir/tjenesteeier driver ikke-økonomisk aktivitet, må de oppfylle kravet til ikke-diskriminerende tilgang. Dersom enkeltaktører gis fortrinnsrett til en viss bruk eller bedre vilkår enn andre, kan det innebære statsstøtte. Tilgang etter et "førstemann til mølla"-prinsipp vil kunne støte an mot kravet om ikke-diskriminerende tilgang. Vi har ikke grunnlag for å tro at dagens praksis innebærer statsstøtte, men for fremtiden bør man sikre en gjennomtenkt tilnærming til prising og tilgangsvilkår for ulike brukere der ikke-diskriminering bør stå sentralt.

5.3 Rettslige utgangspunkt

5.3.1 Foretaksbegrepet – økonomisk aktivitet

5.3.1.1 Hva er et foretak?

For det første må vi vurdere om Digdir opptrer som et foretak når direktoratet tilbyr felleskomponentene.

Et foretak er en enhet som driver økonomisk aktivitet. Økonomisk aktivitet innebærer å tilby varer og tjenester mot betaling på et marked i konkurranse med andre foretak. Enhetens rettslige status (for eksempel om det er et aksjeselskap, eller en del av staten) er ikke relevant. Det er heller ikke avgjørende om virksomheten tar sikte på å oppnå fortjeneste eller ikke. Videre kan en og samme enhet drive både økonomisk, og ikke-økonomisk aktivitet. Man sier at foretaksbegrepet er *funksjonelt*.³⁶ For ordens skyld nevner vi at statsstøttereglene dermed har en annen tilnærming enn anskaffelsesregelverket, der et "offentligrettslig organ" vil være underlagt anskaffelsesregelverket i all sin virksomhet, selv om deler av virksomheten kan betraktes som kommersiell.

Hvorvidt Digdir må anses som et foretak når de tilbyr felleskomponentene til private kommer an på om direktoratet dermed tilbyr en tjeneste i et marked. Mange offentlige tjenester er ikke markedsbaserte. De viktigste eksemplene på dette er:

³⁶ Notion of Aid Guidelines (NoA), kapittel 2.1

- Tjenester som innebærer utøvelse av offentlig myndighet eller der offentlige aktører opptrer i kraft av å være offentlige myndigheter. Dette er det mest nærliggende alternativet når det gjelder felleskomponentene.
- Tjenester som oppfyller en oppgave staten har overfor egen befolkning, og organiseres på en måte som innebærer at tjenesten er allment tilgjengelig og brukerne ikke betaler noe markedsmessig vederlag. Det klassiske eksempelet på dette er tjenester med sosial eller utjevneende betydning, for eksempel innenfor skole eller helse. Slike tjenester kan også finnes i tilknytning til infrastruktur, for eksempel ved at staten tilbyr offentlige veier mv. Se mer om dette rettslige utgangspunktet i punkt 5.1.6 nedenfor.

Spørsmålet som skal drøftes i det følgende, er det første alternativet, nemlig hvorvidt tilbud om tilgang til felleskomponentene er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet eller til virksomhet det offentlige driver i kraft av å være offentlig myndighet.

Her er spørsmålet om den aktuelle virksomheten er del av offentlige kjerneoppgaver ("*essential functions of the state*") eller forbundet med offentlige kjerneoppgaver på grunn av sin art, sitt formål og reglene den er underlagt.³⁷ Det fremgår forutsetningsvis av ESAs retningslinjer om vilkårene for statsstøtte i EØS-avtalen artikkel 61 (1) (*Guidelines on the notion of state aid*, "NOA-retningslinjene") at dersom staten har introdusert markeds mekanismer på et område som tradisjonelt har ligget under offentlig myndighetsutøvelse, kan man ikke lenger definere den aktuelle virksomheten slik.³⁸

De rettslige utgangspunktene skissert ovenfor, bygger på fast og langvarig rettspraksis og er gjengitt i NoA-retningslinjene. Prinsippene er derfor ikke i seg selv tvilsomme, men den praktiske anvendelsen av dem reiser likevel en lang rekke vanskelige avgrensningsspørsmål.

Et helt grunnleggende spørsmål er hva som regnes som "offentlig myndighetsutøvelse" eller "offentlige kjerneoppgaver", og hvilke aktiviteter dette nærmere omfatter. Offentlig myndighet er tradisjonelt forbundet med utøvelse av makt og beredskap som politi, forsvar, brannvesen og passadministrasjon. Dette er basert på tidlig rettspraksis fra EU-domstolen, og ligger klart nok i myndighetsutøvelsens kjerneområde. Det er nok likevel klart at "offentlig myndighet" eller "offentlige kjerneoppgaver" omfatter mye mer enn dette, og at også mer tradisjonell forvaltningsvirksomhet omfattes. Mer generelt har EU-domstolen uttalt at myndighetsutøvelse omfatter aktiviteter som "*by their nature, their aim and the rules to which they are subject, are connected with the exercise of powers [...], which are typically those of a public authority and are not of an economic nature*".³⁹ Blant eksemplene på "public authority" som nevnes i NoA er (basert på tidligere praksis) "*the development and revitalization of public land by public authorities; and [...] the collection of data to be used for public purposes on the basis of a statutory obligation imposed on the undertakings concerned to disclose such data*".

I norsk sammenheng er det dermed viktig å ha for øye at "offentlig myndighetsutøvelse" eller "kjerneoppgaver" er et eget EØS-rettslig begrep, og at det derfor ikke er avgjørende om virksomheten innebærer bruk av offentlig myndighet slik dette defineres i norsk stats- og forvaltningsrett. Iverksettelse av offentlig politikk i Norge skjer ikke bare gjennom bruk av myndighet, men også gjennom bevilgninger, koordinerende initiativer og mykere former for påvirkning av befolkning og

³⁷ NoA kapittel 2.2

³⁸ Se avsnitt 17

³⁹ C-364/92 *SAT Fluggesellschaft*, avsnitt 30.

næringsliv. Dette vil ofte falle inn under begrepet "*public authority*" selv om klassisk myndighetsutøvelse i form av forskrifter og enkeltvedtak spiller en begrenset rolle. Et eksempel er ESAs avgjørelse i en klage knyttet til Innovasjon Norges IT-tjenester rettet mot lokale turistorganisasjoner. Selv om ESA kom til at de tjenestene saken direkte gjaldt var av økonomisk art, ble det akseptert at Innovasjon Norges generelle virksomhet for å promotere Norge som turistdestinasjon var ikke-økonomisk.^{40 41}

En viktig grensedrøgning ved vurderingen av fellesløsningene, er hvor langt den offentlige kjerneoppgaven rekker. Det vil ofte være slik at det offentlige utøver sine oppgaver i henhold til en hjemmel eller særlig mandat, men også benytter private tjenesteytere for å få oppgavene gjennomført. Felleskomponentene er for eksempel utviklet i offentlig regi, men ved hjelp av private tjenesteleverandører. Videre kan det være slik at den offentlige kjerneoppgaven i og for seg er klar nok, men at det likevel i større grad kan reises tvil om enkelte typer virksomhet i randsonen. Det nevnte ESA-vedtaket om Innovasjon Norge, er et eksempel på det siste: Mens generell promotering av Norge som turistdestinasjon ble ansett som offentlig myndighetsutøvelse, ble mer generelle tjenester innenfor webinfrastruktur betraktet som økonomisk virksomhet, selv om det i og for seg var en logisk forbindelse mellom aktivitetsområdene.

EUs domstoler har i noen viktige avgjørelser trukket opp prinsipper for hvor langt en offentlig oppgave kan anses å strekke seg. I C-138/11 *Compass Datenbank*, kom EU-domstolen til at det offentlige foretaksregisteret i Østerrike ikke drev en økonomisk virksomhet ved å samle inn data som østerrikske foretak var forpliktet til å rapportere til registeret. Sammenstilling, vedlikehold og offentliggjøring av informasjonen for offentlig innsyn var tilstrekkelig forbundet med og kunne ikke skilles fra innsamlingen. I motsatt fall ville innsamlingen av dataen vært meningsløs. EU-domstolen uttalte først at innsamlingen av opplysningene fra bedriftene innebar offentlig myndighetsutøvelse. Deretter uttalte domstolen:

41 Equally, an activity consisting in the maintenance and making available to the public of the data thus collected, whether by a simple search or by means of the supply of print-outs, in accordance with the applicable national legislation, also does not constitute an economic activity, since the maintenance of a database containing such data and making that data available to the public are activities which cannot be separated from the activity of collection of the data. The collection of the data would be rendered largely useless in the absence of the maintenance of a database which stores the data for the purpose of consultation by the public.

Uttalelsen om at vedlikehold av databasen "*cannot be separated*" har blitt tatt til inntekt for at det må være *umulig* å skille slik annen virksomhet fra den offentlige kjerneoppgaven. Så strengt kan nok kravet imidlertid ikke forstås. EU-domstolens relativt ferske avgjørelse i sak C- 687/17 P *TenderNed (Aanbestedingskalender m.fl.)* er et eksempel på dette: Saken gjaldt nederlandske myndigheters utvikling av et publiserings- og konkurransegjennomføringsverktøy til bruk i forbindelse med

⁴⁰ Vedtak 469/15/COL

⁴¹ Man skal imidlertid være klar over at typisk tjenesteproduksjon, for eksempel innenfor kollektivtransport eller helse, ikke anses som myndighetsutøvelse, selv om det i norsk sammenheng tradisjonelt har vært en offentlig oppgave. En del slik tjenesteproduksjon vil regnes som ikke-økonomisk aktivitet, men på et annet grunnlag. Dette fremstår ikke umiddelbart så relevant for vurderingen av felleskomponentene, og vi går derfor ikke nærmere inn på det her.

offentlige anskaffelser. Ettersom det fantes private alternativer på markedet, var det opplagt mulig teknisk å skille denne virksomheten fra den offentlige kjerneoppgaven (å sørge for gjennomføringen av anskaffelsesdirektivenes krav om elektronisk gjennomføring av anskaffelsesprosesser). EU-domstolen fant imidlertid ikke at dette var avgjørende, med følgende begrunnelse (avsnitt 16 -18):

"In that respect, it must be noted that, in each of the two judgments cited in paragraph 38 of the judgment under appeal, the Court of Justice examined whether the activities at issue are connected, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, with the exercise of public powers. It follows that the General Court, in holding that it is necessary to determine whether TenderNed's activities are connected, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, with the exercise of those powers, has faithfully adopted the criterion stemming from that case-law of the Court of Justice. [...] in so far as a public entity carries on an economic activity, since that activity is not connected to the exercise of its public powers, that entity, in relation to that activity, acts as an undertaking, while, if that same economic activity cannot, however, be separated from other activities connected with the exercise of public powers, the activities exercised by that entity as a whole remain activities connected with the exercise of those public powers."

Slik vi forstår dette, tar EU-domstolen her en toleddet tilnærming: Det vurderes først om den enkelte aktivitet er "*connected [...] with the exercise of public powers*". Hvis det er tilfellet, er virksomheten ikke-økonomisk. Er deler av aktivitetene ikke i seg selv forbundet med offentlig myndighetsutøvelse, må man vurdere om det ikke er mulig å skille dem fra andre deler av virksomheten. I den praktiske vurderingen av saken kom EU-domstolen til at alle deler av verktøyet var knyttet til den offentlige myndighetsutøvelsen, slik at hvorvidt aktivitetene kunne skilles fra hverandre ikke kom på spissen.

De distinksjonene EU-domstolen her trekker opp, er unektelig ganske subtile, og det er ikke helt lett å forstå når en aktivitet må anses direkte knyttet til offentlig myndighetsutøvelse og når det tvert imot må vurderes om den er "uatskillelig" fra andre aktiviteter. *TenderNed*-saken kan imidlertid antakelig ses som et uttrykk for at spillerommet for å anse en aktivitet som ikke-økonomisk er ganske stort så lenge aktiviteten er nødvendig for å oppfylle en plikt eller oppgave det offentlige er pålagt i medhold av lov eller annen offentligrettslig regulering. Så lenge dette er tilfellet, er det neppe avgjørende at det hadde vært mulig å konkurransesette enkeltaktiviteter, eller at private i noen grad også drar nytte av virksomheten.

Selv om dette prinsippet er særlig tydelig i *TenderNed*-saken, er det også synlig i en rekke tidligere avgjørelser i fra ESA og Kommisjonen. I denne forbindelse skal vi nevne en rekke saker som gjelder bruk av offentlig utviklede IT-løsninger, som har blitt akseptert som ikke-økonomiske:⁴²

- I *eHealth* fant ESA at Norsk Helsenetts drift av Helsenett og en rekke registre og digitale supporttjenester, samt Direktoratet for e-Helses drift av Helsenorge.no, e-reseptsystemet, og elektronisk kjernejournal utgjorde offentlige myndighetsutøvelse, og ikke økonomisk aktivitet.⁴³ Oppgavene var nødvendige for å drive det solidaritetsbaserte norske helsevesenet og oppfylle en rekke rettslige forpliktelser staten har ovenfor befolkningen.

⁴² EU-domstolens dom av 12. juli 2012 i sak C-138/11, *Compass-Datenbank*, avsnitt 38 og 41, NOA retningslinjene avsnitt 18.

⁴³ ESAs vedtak i sak 57/19/COL

- *HIS* gjaldt spørsmålet om et offentlig eid selskaps tilbud av IT-løsninger til offentlige høyere utdanningsinstitusjoner var økonomisk aktivitet. Kommisjonen svarte avkreftende. Tjenestene var "*intrinsically connected with the exercise of public tasks*" i form av høyere utdanning.
- I *FriDA*⁴⁴ og *NDLA* kom ESA til samme konklusjon vedrørende offentlige aktørers tilbud av digitale læremidler til grunn- og videregående skoler i Norge.

I hvilken grad disse sakene er overførbare på spørsmålet om privat bruk av felleskomponentene, kommer vi tilbake til under punkt 5.5 – 5.8 nedenfor.

Som nevnt innledningsvis, kan en virksomhet også kategoriseres som "ikke-økonomisk" av andre grunner, for eksempel helt grunnleggende velferdstjenester. Utenfor helse, sosialtjenester, utdanning og andre tjenester med et utjevne eller solidarisk preg, er denne kategorien vagt definert. De fleste tilfellene er knyttet til virksomhet som kan karakteriseres som "infrastruktur". Vi drøfter prinsippene for infrastruktur særskilt under 5.3.5.

5.3.1.2 Betydningen av om det tas betaling

I vurderingen av om virksomheten er av økonomisk karakter er det også relevant om de private virksomhetene som får tilgang til felleskomponentene skal betale vederlag for bruken. Så vidt vi forstår ser Digdir for seg at det i fremtiden bør tas et vederlag som reflekterer kostnader til drift og utvikling, uten påslag. Om det tas vederlag, kan ha relevans for vurderingen av om aktiviteten er av økonomisk karakter, og i de fleste tilfeller vil økonomisk virksomhet innebære at det tas et vederlag. At det tas et vederlag, er imidlertid ikke nok til at virksomheten uten videre blir økonomisk. Det er tvert imot nødvendig å se nærmere på innretningen av vederlaget:

For det første kan fraværet av profitt ha en viss relevans. I *TenderNED* uttalte førsteinstansdomstolen at "*it is apparent from case-law that the fact that a body is non-profit-making is a relevant, albeit not sufficient, factor for the purpose of determining whether or not an activity is of an economic nature.*"⁴⁵

For det andre kan det ha betydning at den offentlige aktøren som tilbyr tjenesten ikke selv fastsetter prisen, men er pålagt å ta betalt en viss pris gjennom lov eller av overordnede myndigheter.

I *Compass Datenbank* kom EU-domstolen til at det offentlige foretaksregisteret i Østerrike ikke drev en økonomisk virksomhet, selv om enheten tok betalt av sluttbrukere for oppslag i databasen. Årsaken var at østerrikske foretak var lovpålagt å gi informasjon til det offentlige foretaksregisteret, og registeret var forpliktet til å sørge for publisering av denne informasjonen. Prisen var gjenstand for offentlig regulering. EU-domstolen uttalte:

"39 [...] *the fact that a product or a service supplied by a public entity and connected to the exercise by it of public powers is provided in return for remuneration laid down by law and not determined, directly or indirectly, by that entity, is not alone sufficient for the activity carried out to be classified as an economic activity [...].*"

⁴⁴ ESAs vedtak i sak 78/19/COL

⁴⁵ Førsteinstansdomstolens dom (T-138/15) avsnitt 58. Dommen ble stadfestet av EU-domstolen. Se også C-113/07 *SELEX Sistemi Integrati*, avsnitt 116

42 [I en slik situasjon kan] *"the charging of such remuneration [...] be regarded as inseparable from that making available of data."*⁴⁶

I *FriDA* skulle kommunene betale et vederlag for tilbudet av digitalt læringsmateriale basert på en enhetspris ganget med antall elever i kommunen. ESA la bl.a. vekt på at enhetsprisen skulle fastsettes av årsmøtet i *FriDA*, som besto av representanter valgt av de respektive kommunestyrene.

Basert på denne praksisen er vår vurdering at virksomheten ikke uten videre blir "økonomisk" ved at det tas et visst vederlag. Vederlaget bør imidlertid ikke ha karakter av å være tilpasset et konkurransemarked og eller fastsatt med profitt for øye.

5.3.2 *"En fordel gitt av statsmidler" – hvordan unngå statsstøtte dersom Digdir anses som et offentlig "foretak" som tilbyr IT-løsninger i et marked?*

Hvis Digdir må anses som et foretak når direktoratet tilbyr felleskomponenter til private, kan ikke Digdirs kommersielle arm få gratis tilgang til komponentene for å tilby disse til private, men må enten dekke en kostnad som tilsvarer «markedspris» eller alle direkte kostnader forbundet med den private bruken, samt en passende andel av faste felleskostnader (typisk også utviklingskostnader). Dette vil i sin tur bety at det må tas markedsmessig vederlag av private brukere. Hvis Digdir ikke dekker slike kostnader, vil Digdir som foretak selv motta en "fordel gitt av statsmidler". Det er heller ingen tvil om at denne fordelingen er selektiv, ettersom det felleskomponentene markedsføres av en bestemt aktør, dvs. Digdir (eventuelt Digdir og tjenesteeierne i fellesskap). Som vi kommer tilbake til nedenfor, vil også konkurranse- og samhandelsvilkårene normalt være oppfylt.

For å unngå at Digdir får en fordel og dermed statsstøtte, må den delen av virksomheten som tilbyr tjenestene til private, ha separate regnskaper, som viser at kostnadene og inntektene ved denne virksomheten dekkes av brukeravgiftene. I henhold til prinsippene knesatt i *Chronopost* skal den delen av virksomheten som tilbyr markedsbaserte tjenester i utgangspunktet både belastes.⁴⁷

1. Alle direkte merkostnader som følge av privat tilgang, og en passende andel av faste felleskostnader ved tjenesten (for eksempel utviklingskostnader).
2. En rimelig avkastning på investert kapital
3. I tillegg må ingen ting tyde på at disse elementene er undervurdert eller fastsatt på en vilkårlig måte

Nøyaktige prinsipper for kostnadsfordelingen må eventuelt vurderes nærmere og konkret i lys av kostnadene knyttet til den enkelte felleskomponent.

For å sikre at inntektene fra leveranser til private parter dekker kostnadskomponentene angitt ovenfor, må det også føres separate regnskaper for den delen av virksomheten som betjener det private markedet. En annen mulig løsning er at salg av tilgang til felleskomponentene til private organiseres i eget selskap.

⁴⁶ Se dommens avsnitt 42.

⁴⁷ Forenede saker C-83/01, C 93/01 og C 94/01, samt C-341/06 og C-432/06

Det kan også bli aktuelt med skatteplikt. I saken om *Sykehusapotekene* kom ESA til at Sykehusapotekenes publikumsutsalg drev økonomisk aktivitet.⁴⁸ ESA påla Norge å blant annet innføre skatteplikt for publikumsutsalget for å hindre statsstøtte til Sykehusapotekenes kommersielle virksomhet.

5.3.3 Konkurransesvridnings- og samhandelskriteriet

Støtte er egnet til å vri konkurransen når den stiller støttemottaker i en bedre posisjon enn konkurrenter som ikke mottar støtte. Støtte er egnet til å påvirke samhandelen hvis støttemottakeren produserer varer eller tjenester som mottakeren, eller andre foretak, tilbyr på tvers av landegrensene i EØS. Støtte kan også påvirke samhandelen selv om varen eller tjenesten ikke er etterspurt over landegrensene. Dette er tilfellet hvis støtten kan gjøre det vanskeligere for aktører fra andre EØS-stater å etablere seg i Norge. Det skal normalt lite til at disse vilkårene er oppfylt så lenge markedet er åpent for konkurranse og støttetiltaket innebærer en fordel sammenliknet med andre foretak som konkurrerer på EØS-markedet.⁴⁹ Når det gjelder konkurransevidningsvilkåret, er det ikke tilstrekkelig at støttemottaker pr. i dag ikke har noen åpenbare konkurrenter – konkurransevidning er først utelukket dersom selskapet opererer iht. et legalmonopol (eventuelt et naturlig monopol) som er lovlig iht. EØS-retten.⁵⁰ Vi kan ikke se at dette er tilfellet for felleskomponentenes del.

For begge vilkår gjelder ikke at man trenger påvise faktiske effekter, det er nok at støtten er *egnet* til å vri konkurransen og påvirke samhandelen. Et tiltak som ikke oppfyller et eller flere av de øvrige vilkårene i statsstøtedefinisjonen, vil riktignok heller ikke være egnet til å vri konkurransen eller påvirke samhandelen, men i slike tilfeller har disse vilkårene ikke selvstendig betydning.

Vi har forstått det slik at private aktører i Norge og andre EØS-land tilbyr eller vil kunne tilby IT-løsninger som alene eller samlet tilsvarer felleskomponentene, eller som kan yte disse konkurranse. Situasjonen synes sammenliknbar med *HIS*-saken (nevnt ovenfor), der Kommisjonen uttalte følgende om samhandelspåvirkning:

"(134) [...] given that IT services could in principle be provided in other Member States or by undertakings from other Member States, the measures would, if HIS had acted as an undertaking, had the potential to distort competition to the extent that it could have affected trade between Member States."

I praksis vil bare støtte som gjelder svært lokale tiltak, og som i tillegg gjelder en sektor der grensekryssende investeringer ikke er aktuelt, unngå å påvirke samhandelen.⁵¹ Felleskomponentene er IT-løsninger som etter vår vurdering kunne ha vært tilbudt og utviklet på et internasjonalt marked.

Etter vår vurdering er det derfor sannsynlig at støtte til Digdir, dersom direktoratet anses å drive økonomisk aktivitet når de tilbyr felleskomponenter til private, vil bli bedømt som egnet til å vri konkurransen og påvirke samhandelen.

⁴⁸ ESAs vedtak av 20. november 2013 i sak 460/13/COL om forholdsmessige tiltak med hensyn til statsstøtte til offentlig eide Sykehusapotek i Norge.

⁴⁹ NoA-retningslinjene, avsnitt 187 og 190.

⁵⁰ Det gjelder også noen ytterligere vilkår, se NoA-retningslinjene avsnitt 188.

⁵¹ NoA-retningslinjene avsnitt 196

5.3.4 Støtte til private virksomheter

5.3.4.1 Innledning

Så lenge Digdir/tjenesteeier er del av staten vil Digdirs midler være "statsmidler" og Digdir vil derfor være i posisjon til selv å yte statsstøtte ved å tilby felleskomponentene til særlig gunstig pris til private foretak. Slik støtte til brukerne er mulig både dersom Digdir opererer som et foretak, og dersom de ikke gjør det. Vilklårene for støtte er imidlertid noe ulike i de to tilfellene. Vi går gjennom dette i det følgende.

Premissene for drøftelsen er at statsmidler er involvert, og at mottakeren – dvs. det private foretaket som får tilgangen til felleskomponentene – er et foretak. De to vesentlige spørsmålene vil dermed være om tilgangen innebærer en *fordel* for foretaket, og om denne i så fall er *selektiv*. I tillegg bør må en eventuell støtte være egnet til å vri konkurransen og påvirke samhandelen, men som nevnt ovenfor er det en lav terskel for dette.

5.3.4.2 Testen dersom staten opptrer som "foretak"

En "fordel" er i statsstøtteretten enhver økonomisk fordel som et foretak ikke kunne oppnådd under normale markedsforhold. Når det offentlige selv involverer seg i kommersiell virksomhet, må staten derfor sørge for at transaksjonene finner sted til markedsvilkår. EU-domstolen har utviklet det såkalte markedsaktørprinsippet, som går ut på at offentlige aktører eller offentlige foretak som opptrer på et kommersielt marked må opptre på samme måte som sine private konkurrenter, som vil kreve normal, markedsmessig avkastning på investert kapital.⁵² Følges ikke dette, vil private som får tilgang til felleskomponentene kunne få en fordel gitt av statsmidler ved at de får tilgang til komponentene til rabatterte priser.

Markedspris kan fastsettes på flere måter. Metoden er avhengig av den aktuelle transaksjonen. Utgangspunktet er at en tjeneste skal prises i tråd med observerbare markedspriser. Praksis har slått fast at hvis det ikke finnes noe regulært marked eller normale markedsforhold for den varen eller tjenesten det offentlige selger til et foretak, kan markedspris fastsettes gjennom en analyse av kostnadene ved å produsere den aktuelle varen eller tjenesten, med tillegg av et krav til normal avkastning på kapitalen (altså en kost-pluss metode).

Kravene om kostnadsallokering, separate regnskaper mv. skissert i punkt 5.3.4 ovenfor vil også sikre at Digdir må kreve markedspriser for tilgang til felleskomponentene. Dermed vil også indirekte statsstøtte til brukerne normalt være utelukket. Motsatt vil det være betydelig risiko for ulovlig statsstøtte dersom disse kravene ikke følges, selv om hver situasjon må vurderes konkret.

Særlige spørsmål oppstår når det gjelder tjenester solgt fra et morselskap i en ikke-liberalisert sektor til et datterselskap i en liberalisert sektor. I den såkalte *Chronopost*-saken hevdet en gruppe klagere at det statlige franske postmonopolet, La Poste, tilbød underprisede tjenester til sitt kommersielle ekspressbudselskap. Påstanden var at, på grunn av fravær av konkurranse og storskalafordeler, kan et monopolselskap tilby lavere priser enn private selskaper som ikke nyter godt av en slik posisjon.

⁵² NoA-retningslinjene, avsnitt 73 – 74.

Dermed får datterselskapet en konkurransefordel som følge av underpris. Dette ble tilbakevist av EU-domstolen, på visse vilkår.⁵³

De aktuelle tjenestene (logistikk- og kommersiell assistanse) var uatskillelig knyttet til La Postes distribusjonsnettverk. På grunn av La Postes samfunnsoppdrag var ikke nettverket bygget opp med kommersielt formål. Tjenestene kunne derfor ikke sammenlignes med tjenester fra private foretak. Som nevnt i 5.1.3 etablerte EU-domstolen i denne saken en kostnadstest som innebar at statsstøtte kunne utelukkes ved å sikre at inntektene dekket alle direkte kostnader ved tjenesten, en rimelig andel av faste felleskostnader og en rimelig avkastning på investert kapital.

Felleskomponentene er utviklet over mange år og var i utgangspunktet ikke tiltenkt kommersiell drift. Etter vår vurdering er Digdir derfor i en situasjon som kan sammenlignes med La Poste i *Chronopost*. Vi mener derfor at Digdir vil tilby markedspris til private som ønsker å bruke felleskomponentene dersom direktoratet følger de nevnte prinsippene.

Dersom et statlig foretak opptrer i strid med markedsinvestorprinsippet slik at medkontrahenten får en *fordel*, vil denne fordelene normalt også være selektiv. I dette ligger at støtten må være til fordel for visse foretak, visse grupper av foretak eller visse bransjer, og det er derfor sentralt å definere en relevant referanseramme for vurderingen, for eksempel normal skattesats, normal markedspris eller liknende. Når dette er definert, må det vurderes om tiltaket differensierer mellom foretak som befinner seg i samme rettslige og faktiske situasjon. Selektivitetsvilkåret kommer som oftest på spissen i forbindelse med skatte- og avgiftsregimer mv. Når støtte ytes som ledd i kommersiell virksomhet, ligger det i virksomhetens natur at det normalt gjøres en differensiering mellom ulike kunder og situasjoner, og normalt er det derfor opplagt at selektivitetsvilkåret er oppfylt.

Dette utgangspunktet må likevel modifiseres noe etter EU-domstolens dom i sak C-524/14 P *Hansestadt Lübeck*. Saken gjaldt rabatt på flyplassavgifter fra Lübecks flyplass, og Kommisjonen hadde ment at dette var selektiv statsstøtte til flyselskapet. Dette aksepterte ikke domstolen. Den fant at det var flyplassen selv som hadde fastsatt rabatten. Dermed var det ikke riktig å sammenlikne flyplassavgiftene i Lübeck med avgiftene ved konkurrerende flyplasser. I stedet var spørsmålet om flyplassen overfor *egne kunder* praktiserte ikke-diskriminerende avgifter. Da dette var tilfellet, var ikke avgiftsfastsettelsen selektiv, selv om den skjedde som ledd i kommersiell virksomhet.

I prinsippet kan man derfor se for seg at Digdir også kunne laget et ikke-diskriminerende prisregime for alle som ønsker tilgang til felleskomponentene, og dermed unngått å yte statsstøtte til kundene. I praksis vil dette imidlertid være vanskelig så lenge Digdir selv anses som et foretak når løsningene stilles til rådighet for private, fordi Digdir neppe kan opprettholde subsidierte priser i lengden uten selv å motta statsstøtte, som drøftet under 5.1.2.1. *Hansestadt Lübeck*-saken var også spesiell og det kan nok stilles spørsmål ved om prinsippet kan benyttes i alle sammenhenger. Vi går derfor ikke nærmere inn på denne muligheten her.

5.3.4.3 Testen dersom staten opptrer i kraft av offentlig myndighet

Spørsmål om statsstøtte til brukerne kan oppstå selv om Digdir ikke anses å drive noen økonomisk aktivitet. Når Digdir selv ikke driver økonomisk aktivitet, er det imidlertid heller ikke noe krav om at

⁵³ Se EU-domstolens dom av 2003 i forede saker C-83/01, C 93/01 og C 94/01 (se spesielt avsnitt 38 til 40), og av 2008 i forenede saker C-341/06 og C-432/06 (se spesielt avsnitt 100 og 104).

tjenesten må tilbys markedsmessige vilkår, eller andre krav om kostnadsdekning. Man kan i og for seg si at alle brukere mottar en fordel, men denne blir først *selektiv* i statsstøtterettslig forstand dersom vilkårene for tilgang diskriminerer mellom foretak som rettslig og faktisk befinner seg i samme situasjon. Testen er i prinsippet den samme som selektivitetstesten beskrevet ovenfor under 5.1.5.2. Når Digidir ikke selv anses å drive økonomisk virksomhet og dermed heller ikke pålegges å dekke inn egne kostnader gjennom kundeinntekter, er det imidlertid mye mer realistisk at en slik ordning kan utformes. Spørsmålet blir da *hvordan* et slikt regime eventuelt kan utformes.

Det fremgår av NOA-retningslinjene avsnitt 125 at en ordning lett vil bli regnet som selektiv dersom avgjørelsen om tilgang beror på en stor grad av skjønn. For å unngå dette, må kriteriene i seg selv være objektive (i motsetning til skjønnspregede) og ikke-diskriminerende, og være gjort kjent på forhånd. Kravet om at vilkårene skal være gjort kjent på forhånd kan utøves bl.a. gjennom publisering av standardvilkår, forskrift e.l. som tilrettelegger for tilgangen.

Kravet om ikke-diskriminerende kriterier kan være noe vanskeligere å fastlegge. Det er et grunnleggende prinsipp at man først må fastlegge den *relevante referanserammen*, dvs. hva som er normalsituasjonen. I C-518/13 P *Eventech* kom EU-domstolen til at tilgang til bussfiler for Londons "Black Cabs" ikke var selektiv statsstøtte, til tross for at andre taxier ikke hadde samme tilgang. Forutsetningen her var at drift av offentlige veinett ikke var en økonomisk aktivitet, så støtte til Black Cabs kunne bare oppstå dersom tilgangen innebar forskjellsbehandling. EU-domstolen uttalte om dette:

It follows from the Court's settled case-law that Article 107(1) TFEU requires an assessment of whether, under the particular legal regime, a national measure is such as to favour 'certain undertakings or the production of certain goods' in comparison with others which, in the light of the objective pursued by that regime, are in a comparable factual and legal situation.[...]

I den aktuelle saken var formålet med tilgangen å ivareta trafikksikkerhet og effektivitet. Med hensyn til dette formålet, mente EU-domstolen at Black Cabs ikke var i samme faktiske og rettslige situasjon som andre taxi-selskap, fordi Black Cabs var underlagt særlige plikter til å stoppe for passasjerer på gaten, de måtte kunne ta imot rullestoler, det gjaldt en særlig kjentmannsprøve og særlige krav til bruk av taksameter. Black Cabs og andre taxier ble derfor ansett å være "*in factual and legal situations which are sufficiently distinct to permit the view that they are not comparable and that the bus lanes policy therefore does not confer a selective advantage on Black Cabs*" (avsnitt 61).

Som *Eventech*-saken viser, innebærer ikke kravet om ikke-diskriminerende vilkår absolutt likhet i vilkår, eller at alle må slippes inn. Overført til felleskomponentene vil det derfor være uproblematisk å sette minstekrav om tekniske kvalifikasjoner for å benytte tjenestene, krav til sikkerhetsforanstaltninger, krav om at bruken av tjenesten må holdes innenfor de til enhver tid gjeldende regler, etc. Vi kommer nærmere tilbake til dette under omtalen av de enkelte komponentene.

5.3.4.4 Tilgang til felleskomponentene i forbindelse med samarbeidsprosjekter, OPS og liknende

I bl.a. *En digital offentlig sektor – Digitaliseringsstrategi for offentlig sektor 2019 – 2025* fremheves "Styrket samarbeid med privat sektor" som en målsetning (strategiens kapittel 7). Blant eksemplene som benyttes i dette kapitlet, er innovasjonspartnerskap, DSOP-samarbeidet, samt eksempler på ordninger fra andre land som skal gjøre det lettere for offentlige myndigheter å ta i bruk innovative

løsninger fra bl.a. oppstartsselskaper. Involvering av privat sektor omtales også ofte som OPS (offentlig-privat samarbeid). Vi ser også at enkelte av de casene vi omtaler i kapittel 4 tidvis omtales som OPS.

De casene vi har fått beskrevet og som behandles i denne utredningen, synes å falle innenfor den typen samarbeid som beskrives i Digitaliseringsstrategien. Dette er situasjoner der private aktører benytter felleskomponentene til utvikling av tjenester, eller får tilgang til å bruke dem i en gitt situasjon, uten at dette skjer på direkte oppdrag fra det offentlige. Hvordan statsstøtterettslige prinsipper anvendes i slike tilfeller for å unngå støtte til de private brukerne, beskrives under punkt 5.5 – 5.8 nedenfor.

Siden visjonen om samarbeid nevnes mange steder, tror vi likevel det vil være nyttig å nevne at OPS, slik dette begrepet oftest brukes, i realiteten er **anskaffelser**. OPS innebærer at staten (det offentlige) har et behov, som søkes løst ved hjelp av en privat leverandør. Et OPS (i anskaffelsesrettslig forstand) skiller seg fra en vanlig kontrakt om utvikling av infrastruktur, IT-løsninger el.l., ved at den private parten ikke bare oppfører et bygg eller utvikler et system, men også skal drifte det over en gitt tid, og selv får eventuelle inntekter fra tredjeparter (brukere). Kontraktsformen innebærer større insentiver til å tenke kvalitet, ettersom leverandøren selv bærer risikoen for driften en gitt periode. Et innovasjonspartnerskap er en særlig anskaffelsesprosedyre gjennom flere faser, som kan benyttes for varer eller tjenester som ennå ikke finnes på markedet. Kontrakter om OPS eller innovasjonspartnerskap skal inngås etter anskaffelsesregelverkets prosedyrer. Den statlige innkjøperen opptrer i slike sammenhenger normalt ikke som *foretak* (med mindre det som kjøpes skal benyttes for økonomisk virksomhet). Korrekt bruk av de anskaffelsesrettslige prosedyrene vil i slike tilfeller normalt utelukke risiko for støtte til leverandøren, forutsatt at det er et tilstrekkelig antall aktører som konkurrerer om kontrakten. Vi oppfatter imidlertid at det sjelden vil være aktuelt å stille felleskomponentene til rådighet i egentlige OPS-samarbeid.

De fleste andre former for bruk tror vi bør være dekket og belyst gjennom eksemplene vi gjennomgår i i punkt 5.4- 5.8 nedenfor.

5.3.5 *Felleskomponentene som infrastruktur? – Statsstøtterettslige prinsipper for finansiering av og prising av tilgang til infrastruktur*

5.3.5.1 Innledning

Digdir har selv omtalt felleskomponentene som en form for infrastruktur. I Digdirs egen vurdering av statsstøttespørsmålet, skriver direktoratet at "*Staten utøver ikke økonomisk aktivitet ved å tilby, drifte og videreutvikle en nasjonal digital infrastruktur slik regelverket for statsstøtte definerer det, heller ikke om man åpner denne digitale infrastrukturen for privat og frivillig sektor.*"⁵⁴

Som vi har sett i punkt 5.3.1.1 er liknende løsninger i mange saker omtalt som "infrastruktur". Dette gjaldt bl.a. ESAs avgjørelse om statsstøtte fra Innovasjon Norge i form av "web infrastructure services" og Kommisjonens avgjørelse i HIS-saken, der tjenestene i enkelte sammenhenger synes å være ansett som "IT infrastructure" (se for eksempel avsnitt 88).

Tradisjonelt har infrastruktur ofte vært ansett å falle utenfor statsstøttereglenes virkeområde så lenge den var allment tilgjengelig og ikke bygd for en spesiell bruker. Et typisk eksempel er offentlige veier. Dette har trolig sammenheng med at investering i infrastruktur gjerne ikke er lønnsomt i seg selv, men

⁵⁴ Notat av 19. mars 2020.

snarere skaper en rekke positive ringvirkninger for næringsliv og samfunn generelt. Samme tanke sett ligger, etter det vi forstår, under ønsket om å kunne tilby felleskomponentene til et bredere publikum: Også dette er løsninger som først og fremst er ment som en plattform som kommer en videre brukerkrets til gode, og ikke som en inntjeningsmulighet. Dette skyldes at bygging, drift og tilgjengeliggjøring av infrastruktur ikke har vært ansett som en økonomisk aktivitet, slik at eventuell støtte ikke gis til et foretak. I tillegg har en del infrastruktur karakter av å være et naturlig eller rettslig monopol, slik at eventuell støtte ikke påvirker samhandel og konkurranse.

Som en følge av at infrastruktur tradisjonelt har vært ansett å falle utenfor statsstøttereguleringens virkeområde, har det heller ikke vært noe krav om markedsmessig prising av tilgang til infrastruktur. Eksempelvis betaler man stort sett ikke for tilgang til offentlig vei.⁵⁵ Der man betaler, reflekterer prisen generelt ikke fullt ut kostnadene ved bygging og drift av infrastrukturen, slik situasjonen lenge har vært for eksempel for tilgang til jernbanespor, havner og annet. Dette har ikke vært ansett som statsstøtte til brukerne, så lenge ikke infrastrukturen var særlig bygd for eller tilpasset bestemte brukere, men åpen for alle på ikke-diskriminerende vilkår.⁵⁶

At felleskomponentene på mange måter har en liknende funksjon som tradisjonell infrastruktur, innebærer likevel ikke at man uten videre kan konkludere med at felleskomponentene er ikke-økonomisk infrastruktur og at privat bruk av disse derfor ikke kan innebære statsstøtte. Det er minst tre problemstillinger her som krever nærmere drøftelse:

- **For det første** finnes ingen legaldefinisjon av begrepet infrastruktur i statsstøtteretten.⁵⁷ Tradisjonelt brukes begrepet først og fremst om tung, fysisk infrastruktur som veier, jernbanelinjer, flyplasser mv., men andre typer plattformer er etter hvert også blitt behandlet som infrastruktur, bl.a. såkalt *forskningsinfrastruktur*, som bl.a. omfatter databaser, bibliotekssamlinger, mv.⁵⁸
- **For det andre** er den tradisjonelle læren om at infrastruktur generelt faller utenfor statsstøttereguleringens virkeområde så lenge den ikke er særlig tilpasset enkelte brukere, kraftig modifisert i den senere tid. I EU-domstolens dom i *Leipzig – Halle*-saken, ble statlig finansiering av utbyggingen av en rullebane på en regional flyplass ansett som statsstøtte. Rullebanen skulle brukes av kommersielle fly- og fraktselskaper mot vederlag i form av flyplassavgifter. Avgiftene var hovedkilden til finansiering av utbyggingen. Tilbudet av flyplass tjenester skulle foregå på et marked ettersom flyplassen konkurrerte med andre

⁵⁵ For et eksempel av relativt ny dato, se C-518/13 *Eventech Ltd. mot The Parking Adjudicator*

⁵⁶ Se for eksempel C-225/91 *Matra mot Kommisjonen*

⁵⁷ Ifølge store norske leksikon er infrastruktur "det nett av faste anlegg som er grunnlaget for en virksomhet. Brukes ofte om systemet av veier, havner, flyplasser, ledningsnett med mer, som betjener næringslivet og husholdningene i et land eller område. Brukes også i utvidet betydning om de strukturelle forutsetningene for innholdet i en aktivitet eller et produkt."

⁵⁸ Definert som følger i ESAs retningslinjer om forskning, utvikling og innovasjon: "'research infrastructure' means facilities, resources and related services that are used by the scientific community to conduct research in their respective fields and covers scientific equipment or set of instruments, knowledge-based resources such as collections, archives or structured scientific information, enabling information and communication technology-based infrastructures such as grid, computing, software and communication, or any other entity of a unique nature essential to conduct research. Such infrastructures may be 'single-sited' or 'distributed' (an organised network of resources) "

regionale flyplasser. Både utvikling og drift av rullebanen, som en del av den kommersielle flyplassen, var derfor økonomisk aktivitet.⁵⁹ Doktrinen om at infrastruktur er ikke-økonomisk, har dermed fått et snevrere anvendelsesområde.

- **For det tredje** kommer man uansett ikke helt unna spørsmålet om brukerne av infrastrukturen – altså de private virksomhetene som får tilgang til felleskomponentene – mottar støtte. Dette gjelder uavhengig av om selve utviklingen og driften av felleskomponentene anses som økonomisk aktivitet eller ikke, men terskelen er noe ulik. Der infrastruktur drives som økonomisk virksomhet, ser man i rettspraksis, retningslinjer og avgjørelser eksempler på noe varierende prisingsprinsipper.

Til tross for at man tidvis ser begreper som "IT-infrastruktur" og "webinfrastruktur" i statsstøtteavgjørelser, har vi ikke funnet eksempler på at liknende tjenester drøftes med utgangspunkt i de prinsippene som gjelder for infrastruktur, og "infrastruktur" er som nevnt heller ikke legaldefinert.

I fravær av en legaldefinisjon av "infrastruktur", og ettersom det mest avgjørende spørsmålet er om en eventuell infrastruktur kan betraktes som "ikke-økonomisk", gir en egen drøftelse av om felleskomponentene kan anses som infrastruktur, liten mening. Vi vil heller gå rett på spørsmålet om hvorvidt felleskomponentene kan anses som "ikke-økonomisk infrastruktur". Er det ikke tilfellet, vil vi subsidiært drøfte om noen av prinsippene for prising av tilgang til infrastruktur som anses å ha økonomisk karakter, kan ha overføringsverdi her.

5.3.5.2 Hva er en ikke-økonomisk infrastruktur?

Ved omtale av støtte til infrastruktur, må man skille mellom ulike aktiviteter knyttet til infrastruktur. I ESAs NoA-retningslinjer skiller det mellom støtte til den som utvikler eller eier infrastrukturen, støtte til den som drifter infrastrukturen, og støtte til sluttbrukerne. Sondringen er basert på rettspraksis. Rettsutviklingen på dette området medførte at man tidlig på 2000-tallet begynte å anse *driften* av mange typer infrastruktur som økonomisk aktivitet, og dermed underlagt statsstøttereguleringen.

I *Aéroports de Paris*-dommen fra 2002 ble det slått fast at driften av en flyplass, der operatørens vederlag bestod av inntekter fra bl.a. butikkdrift mv. i tillegg til flyplassavgifter, var økonomisk aktivitet. Etter først å ha slått fast at visse deler av flyplassdriften var forbundet med utøvelse av offentlig myndighet (typisk passkontroll, flysikkerhetstjenester mv.), konstaterte EU-domstolen at man ikke av dette kunne slutte at annen virksomhet ved flyplassen også var av ikke-økonomisk art.⁶⁰

⁵⁹ C-288/11 *Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Commission*.

⁶⁰ Domstolen uttalte bl.a.: "77. [...] the Court of First Instance pointed out that the activity as manager of the airport infrastructures, through which ADP determines the procedures and conditions under which suppliers of groundhandling services operate, cannot be classified as a supervisory activity. Nor has ADP raised any argument on the basis of which it could be concluded that relations with suppliers of groundhandling services fall within the exercise by ADP of its official powers as a public authority or that those relations are not separable from ADP's activities in the exercise of such powers.

78. The Court of First Instance was thus entitled to find, at paragraph 121 of the contested judgment, that the provision of airport facilities to airlines and the various service providers, in return for a fee at a rate freely fixed by ADP, constitutes an economic activity.

[...] 81. [...]. In its judgment in *SAT Fluggesellschaft*, cited above, the Court held that, taken as a whole, the various activities of the entity concerned, by their nature, their aim and the rules to which they were subject,

Senere praksis har også lagt vekt på at det er konkurranse mellom flyplasser, noe som gir driften et klart markedsbasert preg.⁶¹ Et unntak er infrastruktur som i all hovedsak benyttes til ikke-økonomisk virksomhet, men som helt unntaksvis også benyttes til kommersielle aktiviteter.⁶²

Aeroports de Paris-saken innebar at drift av infrastruktur som ble utnyttet kommersielt gjennomgående ble ansett som økonomisk aktivitet, men det var lenge uklart om dette også gjaldt den forutgående byggingen av infrastrukturen. I den såkalte *Leipzig-Halle*-dommen⁶³ fra 2011 bekreftet EU-domstolen at også utbyggingen ville være økonomisk aktivitet, så sant (i) driften av flyplassen var økonomisk aktivitet, og (ii) byggingen var uløselig knyttet til den senere driften. Når det gjelder det siste, har EU-kommisjonen i senere praksis anlagt en lav terskel. En praktisk viktig begrensning er riktignok at der infrastruktur som opprinnelig var ikke-økonomisk senere *konverteres* til økonomisk bruk, er det bare investeringene forbundet med konverteringen som anses som økonomisk virksomhet. Dette vil imidlertid normalt bare ha betydning for omfanget av eventuell støtte, da slik konvertering i de fleste tilfeller krever nye investeringer.⁶⁴ Som hovedregel kan man derfor si det slik at der infrastruktur bygges eller utvikles med kommersiell drift for øyet, vil også statlig finansiering av byggingen være statsstøtte.

Konsekvensen av dette er at spørsmålet man uansett må stille seg, både når det gjelder bygging/utvikling og drift, er om infrastrukturen leverer (vil levere) tjenester i et marked, og dermed utøver økonomisk aktivitet. Bruk av infrastruktur som innebærer utøvelse av offentlig myndighet, faller dermed utenfor. Dette er i tråd med generelle statsstøtterettslige prinsipper som gjelder også på andre områder, jf. drøftelsen under punkt 5.3.1 ovenfor.

were connected with the exercise of powers which are typically those of a public authority and that none of those activities were separable from the others. That is not so in the present case.

82. *Furthermore, contrary to ADP's argument, the Court of First Instance was right to point out, at paragraph 124 of the contested judgment, that according to the case-law of the Court of Justice, the fact that an activity may be exercised by a private undertaking amounts to further evidence that the activity in question may be described as a business activity.*"

⁶¹ C-288/11 *Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Commission*, avsnitt 40.

⁶² NoA-retningslinjene, avsnitt 207 nevner her leilighetsvis bruk av forskningsinfrastruktur ved kommersielle forskningsaktiviteter. Det er uklart hvor stor praktisk betydning et slikt unntak har, ettersom bruk av noen betydning vil medføre krav om atskilte regnskaper slik at de kommersielle aktivitetene ikke krysssubsidieres. Det er også uklart om synspunktet egentlig har fått støtte i rettspraksis, jf. bl.a. C-74/16 *Congregacion de Escuelas Pias*

⁶³ C-288/11 *Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Commission*. Se bl.a. avsnitt 44, hvor domstolen uttalte: "[...] for the purposes of establishing whether the construction of the new southern runway could be characterised as an economic activity by the Commission, the General Court, in accordance with the case-law ([...]), made an assessment of that activity and examined its nature. In doing so, it did not assume but established, taking account of the specific circumstances and without erring in law, that that activity could not be dissociated from the operation by FLH of the airport infrastructure, which constitutes an economic activity, the construction of the new southern runway moreover not being linked, as such, by its nature or purpose, to the exercise of State authority."

⁶⁴ Se NoA-retningslinjene avsnitt 204: "Where an infrastructure originally used for non-economic activities is later re-assigned to economic use (for example where a military airport is converted to civilian use), only the costs incurred for the conversion of the infrastructure to economic use will be taken into account for the assessment under the State aid rules." Vi lar dette foreløpig ligge, men kommer tilbake til spørsmålet i konkrete drøftelser.

Tilrådighetsstillelse av infrastruktur kan imidlertid være ikke-økonomisk også av andre årsaker. I praksis er det visse typer infrastruktur som normalt fortsatt anses som fullt ut ikke-økonomisk, typisk offentlige veier. I NoA-retningslinjene er dette beskrevet slik:

203 [...] the funding of infrastructure that is not meant to be commercially exploited is in principle excluded from the application of the State aid rules. This concerns, for instance, infrastructure that is used for activities that the State normally performs in the exercise of its public powers (for instance, military facilities, air traffic control in airports, lighthouses and other equipment for the needs of general navigation including on inland waterways, flood protection and low water management in the public interest, police and customs) or that is not used for offering goods or services on a market (for instance roads made available for free public use).

Spørsmålet blir derfor hva som ligger i den andre kategorien, dvs. der infrastrukturen ikke benyttes for å tilby tjenester i et marked, men for eksempel gjøres tilgjengelig "for free public use". Praksis viser her at det særlig legges vekt på to forhold: For det første om det tas vederlag, og hvordan dette eventuelt fastsettes, og for det andre at tilgangen er allmenn.

Når det gjelder betydningen av **vederlag**, har EU-domstolen gjennomgående slått fast at der infrastrukturens eier eller operatør står fritt til å bestemme vederlaget med sikte på å maksimere sin avkastning driver aktøren en økonomisk aktivitet.⁶⁵ Situasjonen kan imidlertid være annerledes der et eventuelt vederlag ikke settes av den som driver infrastrukturen, men av staten, i kraft av offentlig myndighet. Der staten driver infrastrukturen selv vil man antakelig måtte se på om avgiftsfastsettelsen er økonomisk motivert, for eksempel med tanke på konkurranseflaten mot konkurrerende infrastrukturer. Et eksempel er en nylig avgjørelse om Danmarks finansiering av Fehmarn-beltet, en tunnel mellom Danmark og Tyskland. Her kunne imidlertid operatøren til en viss grad påvirke avgiftsnivået, og det var nærliggende å se hen til konkurranse med eksisterende fergeforbindelse. Tunnelen ble derfor brukt til å tilby en "tjeneste i et marked" og ble ansett som økonomisk aktivitet.⁶⁶

Når det gjelder spørsmålet om **allmenn tilgang til infrastrukturen**, er man særlig opptatt av at infrastruktur ikke er bygget for en eller flere bestemte brukere, men er tilgjengelig for allmennheten. Spørsmålet kan oppstå ved veiutbygging, for eksempel der et kommersielt tiltak krever oppgradering av generell infrastruktur, som en avkjøringsvei. Her trekkes det gjerne en grense ved tiltak som opplagt er skreddersydd for den som driver infrastrukturen, for eksempel anlegg inne på den

⁶⁵ Dette var tilfellet i Leipzig Halle, se også Aeroport de Paris T-128/98 avsnitt 121, og Kommisjonsvedtak i sak SA.36558 (2014/NN) and SA.38371 (2014/NN) – Denmark, SA.36662 (2014/NN) – Sweden, Aid granted to Øresundsbro Konsortiet, avsnitt 69.

⁶⁶ Kommisjonens vedtak av 20. Mars 2020 i sak SA.39078 - 2019/C (ex 2014/N) which Denmark implemented for Femern A/S. Se avsnitt 197: "[...] In any event, for the purposes of determining whether an undertaking performs an economic activity, it is not decisive whether that undertaking determines its prices or is subject to State-regulated prices. The case law indicates that the ability of an entity to influence the price of its services is merely one of several aspects that must be considered. Indeed, an activity is economic if it consists in offering goods or services on a given market (such as through the commercial exploitation of infrastructure). As the Court has recently confirmed, the fact that a service may be provided without a view to a profit (as could be the case, for example, because of its State-defined pricing policies) does not prevent the entity that carries out those operations from being considered an undertaking if that offer exists in competition with other undertakings that seek to make a profit."

kommersielle aktørens eiendom, men ellers vil det gjerne ses hen til hvordan statens ansvar for transportsystemet er definert i det aktuelle landets lovgivning.⁶⁷ Så lenge infrastrukturen er åpen for allmennheten, er det heller ikke nødvendigvis avgjørende at den er av større interesse for visse aktører. Dersom vilkårene for tilgang er diskriminerende, for eksempel slik at visse grupper prioriteres eller får lavere priser, er det derimot ikke gitt at vilkåret om allmenn tilgang er oppfylt. Differensieringen må i så fall være motivert av et legitimt transportpolitisk hensyn, som for eksempel når kollektivtransport og taxier får fortrinnsrett til bussfelt.⁶⁸

Basert på dette er et nærliggende spørsmål om enhver infrastruktur i prinsippet kan gjøres ikke-økonomisk bare den organiseres på riktig måte, dvs. at man ikke krever vederlag og at infrastrukturen er allment tilgjengelig, eller om det er visse former for infrastruktur som etter sin art vil bli ansett for å tilby tjenester i et marked i konkurranse med andre. Her kan man se hen til EU-kommisjonens særlige veiledningsdokumenter for infrastruktur, de såkalte "Infrastructure Grids". For de fleste typer infrastruktur angir disse veiledningsdokumentene visse situasjoner der infrastruktur kan være ikke-økonomisk. *Hvilke* situasjoner dette er, varierer derimot kraftig mellom ulike typer infrastruktur. I veiledningen om veiinfrastruktur, uttales for eksempel at statsstøtteregulverket ikke kommer til anvendelse på "*non-tolled roads that are available for free to all users, as they do not entail an economic activity*". Tilsvarende peker veiledningen om havner på at en del infrastruktur som er nødvendig for allmenn adkomst til havnen, samt generell tiltak mot flomsikring mv., kan være ikke-økonomisk infrastruktur. I motsetning til dette er ikke-økonomisk aktivitet i tilknytning til flyplasser først og fremst knyttet til arealer som benyttes ved utøvelse av offentlig myndighet ("*e.g. premises allocated to customs / police within a terminal, aircraft rescue and firefighting (ARFF) infrastructure and equipment, as well as infrastructure and equipment necessary to counteract public threats or terrorist attacks, such as equipment to screen luggage or passengers, Closed Circuit Television and fences preventing access to the airport's reserved area*"). For øvrig heter det at "*airport infrastructure is mainly used for economic activities*". Det samme gjelder veiledningen om bredbåndsinfrastruktur, hvor Kommisjonen ikke synes å åpne for at et bredbåndsnettverk som er åpent for publikum kan drives som en ikke-økonomisk tjeneste.⁶⁹

Som eksemplene viser, vil infrastruktur først og fremst kunne være ikke-økonomisk der infrastrukturen *i begrenset grad utsettes for markedsbasert konkurranse*. Eksemplene i "infrastructure grids" gjenspeiler EUs domstolars praksis og Kommisjonens egen praksis, jf. bl.a. *Aeroports de Paris* og *Leipzig – Halle*-sakene, som understreker betydningen av konkurranse mellom flyplasser, og muligheten for at tilsvarende infrastruktur kan tilbys av private. Også i avgjørelsen om Fehmarn-tunnelen la Kommisjonen vekt på konkurranseflaten mot fergeforbindelser på samme strekning.⁷⁰ Om en type infrastruktur allerede i utstrakt grad tilbys av private på kommersielt grunnlag, er det dermed vanskelig for staten å anlegge en tilsvarende infrastruktur og drive den som "ikke-økonomisk aktivitet" med gratis tilgang eller til sterkt subsidierte priser. Situasjonen er derimot annerledes dersom infrastrukturen er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet, jf. politi- og tolleksemplene ovenfor. I slike tilfeller kan staten drive infrastrukturen som en ikke-økonomisk tjeneste, uavhengig av om

⁶⁷ Kommisjonsvedtak i sak SA.93637 – Germany, Extension of the cruise ship terminal in Wismar. Se også *Uplace*, der Kommisjonen mente at veiinfrastruktur i nærheten av et handelssenter som blant annet skulle bidra til smidig flyt av trafikk til senteret var generell og ikke kommersiell infrastruktur.

⁶⁸ EU-domstolen dom i sak C-518/13 Eventech Ltd v The Parking Adjudicator ("Eventech-saken").

⁶⁹ https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/notice_aid_en.html - Se Analytical Grids on state aid to Infrastructure 2016 – 2017

⁷⁰ Se *Leipzig – Halle* avsnitt 40, *Aeroports de Paris* avsnitt 82, *Fehmern* avsnitt 197.

tilsvarende infrastruktur for kommersiell bruk er tilgjengelig som en markedsbasert tjeneste driftet av private aktører.

5.3.5.3 Støtte til infrastruktur som ikke påvirker konkurranse og samhandel innenfor EØS

I tillegg til vilkåret om økonomisk aktivitet, er konkurransevridnings- og samhandelsvilkårene selvstendige vilkår som må være oppfylt for at det skal foreligge statsstøtte. Hvis de øvrige vilkårene i statsstøtedefinisjonen er oppfylt, følger det imidlertid av praksis at det skal lite til for at også disse anses å være oppfylt, og disse vilkårene får derfor ofte ikke selvstendig betydning.

Når det gjelder infrastruktur, kan spørsmålet likevel være relevant i noen sammenhenger. For det første understreker NoA-retningslinjene at visse typer infrastruktur kan ha et utpreget lokalt nedslagsfelt, og ikke være egnet for grensekryssende investeringer, slik at samhandelen ikke påvirkes. Dette gjelder for eksempel lokale flyplasser og infrastruktur i kultursektoren. For det andre, vil konkurransen ikke påvirkes ved støtte til infrastruktur som (i) typisk ikke møter direkte konkurranse, (ii) opererer i en EØS-stat der privat finansiering er ubetydelig innen den aktuelle sektoren, og (iii) ikke er utformet for å selektivt tilgodese et bestemt foretak. Som vi ser, overlapper denne vurderingen til en viss grad med vurderingen av om infrastrukturen er av økonomisk karakter, særlig når det gjelder spørsmålet om fravær av markedsbasert konkurranse. Kravet om ubetydelig privat finansiering i den aktuelle sektoren gjør imidlertid at eventuell støtte i mange sektorer alltid vil være konkurransevridende. For IT-basert infrastruktur er dette antakelig lite aktuelt.

5.3.5.4 Hvordan unngå støtte til brukerne av infrastruktur?

Ovenfor har vi diskutert hva som skal til for å unngå støtte til *utbygging* og *drift* av infrastruktur kan anses som ikke-økonomisk. Dersom det gis støtte til infrastruktur som er økonomisk aktivitet, vil denne støtten kunne gi grunnlag for indirekte støtte til brukerne dersom prisene for bruk av infrastrukturen ikke er markedsmessige. Er infrastrukturen ikke-økonomisk, kan enkelte brukere gis en selektiv fordel gjennom preferert tilgang eller dersom infrastrukturen er særlig tilpasset dem.

Ved *tilgang til ikke-økonomisk infrastruktur* er det ikke noe krav om at tilgangsprisen må være markedsmessig. Spørsmålet er om infrastrukturen er bygget spesielt for bestemte foretak eller i realiteten er skreddersydd for ett eller flere foretak som er kjent på forhånd, og om alle foretak kan få tilgang på ikke-diskriminerende vilkår.⁷¹ Staten gir hele samfunnet en *fordel* ved å bygge og drifte infrastrukturen, men fordelene er ikke selektiv, dvs. ikke rettet mot spesifikke foretak. Vi viser her til det som er sagt ovenfor under punkt 5.3.4.3. Igjen er det viktig å merke seg her at "ikke-diskriminerende" ikke nødvendigvis betyr *samme* tilgang, men at vilkårene for tilgang må være saklige og i tråd med den overordnede regulatoriske målsetninger, slik EU-domstolen bl.a. la til grunn i *Eventech*-saken, omtalt ovenfor.⁷²

Ved tilgang til infrastruktur som anses som *økonomisk virksomhet*, er situasjonen annerledes. Her gjelder i utgangspunktet markedsinvestorprinsippet, slik at tilgang må gis på markedsmessige vilkår. I NoA-retningslinjene avsnitt 226 – 228 angis følgende prinsipper: Primært kan tilgang gis gjennom en anbudskonkurranse, der brukere konkurrerer om tilgang. Er ikke dette mulig, kan man forsøke å benchmarke prisen mot tilsvarende tilbud fra private, kommersielle aktører. Er heller ikke dette en

⁷¹ Se for eksempel Infrastructure analytical grid for roads, bridges, tunnels and inland waterways, avsnitt (26) https://ec.europa.eu/competition/state_aid/modernisation/grid_roads_en.pdf

⁷² EU-domstolen dom i sak C-518/13 *Eventech Ltd v The Parking Adjudicator* ("Eventech-saken").

mulighet, tillates det at operatøren av infrastrukturen etablerer "*commercial arrangements with individual users that allow covering all costs stemming from such arrangements, including a reasonable profit margin on the basis of sound medium-term prospect. This assessment should take into account all incremental revenues and expected incremental costs incurred by the operator in relation to the activity of the specific user.*"⁷³

Til forskjell fra hvordan en markedsmessig pris vurderes i andre tilfeller der et offentlig eid foretak både leverer ikke økonomiske tjenester og tjenester i et konkurranseutsatt marked, er det her bare nødvendig å ta hensyn til de inkrementelle kostnadene – dvs. merkostnadene pådratt ved den delen av virksomheten som er spesifikt rettet mot den aktuelle brukeren. I andre tilfeller skal den konkurranseutsatte delen av tjenesten også dekke et passende bidrag til faste felleskostnader i foretaket. Dette kan tidvis ha stor betydning, ettersom faste kostnader ved mange typer infrastruktur er betydelig.⁷⁴ Det gir også mening der en tidligere ikke-økonomisk infrastruktur konverteres til kommersiell bruk, og bare konverteringen anses som økonomisk aktivitet, slik at bare kostnadene ved denne må dekkes inn gjennom tilgangsprisene. Hvorvidt disse prisingsprinsippene kan benyttes ved tilgang til felleskomponentene, eller om man må holde seg til alminnelige prisingsprinsipper som forutsetter et dekningsbidrag til de faste kostnadene, kommer vil tilbake til ved drøftelsen av de enkelte felleskomponenter og prosjekter nedenfor.

5.4 Oppstår det statsstøtterettslige spørsmål når felleskomponentene tilbys offentlige aktører?

Felleskomponentene er utviklet og finansiert av det offentlige for egen bruk, og benyttes i all hovedsak av det offentlige selv (dagens tilfeller av utvidet bruk drøftes i avsnitt 5.5 – 5.8 nedenfor). Vi snakker her altså ikke om situasjoner der tjenesteeiere gir private tilgang (slik som i casene beskrevet i kapittel 4), men om den tradisjonelle bruken av felleskomponentene, dvs. der tjenesteeierne selv benytter dem for egen kjernevirksomhet. Eventuelle statsstøttespørsmål innenfor dette kjerneområdet for bruk av felleskomponentene faller strengt tatt utenfor vår vurdering. Fordi dette er en viktig premisse for drøftelsene av eventuell utvidet bruk, finner vi likevel grunn til kort å kommentere og begrunne dette.

NFD har selv vurdert dette spørsmålet i sin juridiske vurdering av anbefaling om innlemmelse av kommunene i Altinn, av 8. oktober 2014:

"Når det gjelder brukerne nedstrøms [de offentlige tjenesteeierne] leverer Altinn en tjeneste hvor offentlige etater kommuniserer med bedrifter og privatpersoner gjennom en felles elektronisk løsning, hvor interaksjonen består av innrapporteringer, søknadsbehandling og lignende. Dette er ikke ervervsvirksomhet, men klassisk myndighetsutøvelse, som samordnes og digitaliseres gjennom Altinn. Det er derfor vår vurdering at Altinn i utgangspunktet faller utenfor foretaksbegrepet."

Vi slutter oss til NFDs vurdering for så vidt gjelder bruken av felleskomponentene på det tradisjonelle kjerneområdet. Vi mener NFDs vurdering også kan legges til grunn for ID-porten og Maskinporten

⁷³ En litt annen formulering av samme prinsipp finnes bl.a. i FoUoI-retningslinjene avsnitt 2.2.1

⁷⁴ Prinsippet kan ses i sammenheng med en annen særregel for infrastruktur, nemlig at en infrastruktur som opprinnelig ble utviklet for ikke-økonomisk bruk bare er økonomisk for så vidt gjelder konverteringen. Det er da også logisk at kun konverteringskostnadene og driftskostnadene (ikke den opprinnelige, ikke-økonomiske investeringen) regnes med når man setter tilgangspris for infrastrukturen.

ettersom autentiseringsløsningene sørger for sikker innlogging og tilgang til riktig informasjon hos Altinn og andre offentlige tjenester på nett. Det samme gjelder KRR som sikrer at de offentlige tjenesteeierne kommer i kontakt med befolkningen via Altinn og andre netjtjenester.

Felleskomponentene sørger for gjennomføring av offentlige kjerneoppgaver som nettopp, innrapportering, søknads- og annen saksbehandling, innenfor alt fra skatt til helse, byggesøknader og barnehage osv.. Effektivisering og digitalisering av slike oppgaver er uttalte politiske mål, se kapittel 1 innledningsvis, og må etter vår vurdering anses som nært knyttet til offentlige kjerneoppgaver, etter sin art og sitt formål. Digitalisering er videre gjenstand for offentligrettslig regulering, for eksempel eForvaltningsforskriften, lov om elektroniske tillitstjenester (eIDAS-forordningen) og personvernlovgivningen.

Uten at vi har undersøkt dette nærmere, er det rimelig å anta at det ville ha vært mulig for stat og kommune å benytte digitale løsninger som finnes i markedet til å dekke noe av behovet som felleskomponentene dekker. Vi finner likevel ikke dette avgjørende. Kjerneområdet for bruk av felleskomponentene har visse likheter med situasjonen i EU-domstolens dom i *TenderNED*.⁷⁵ Saken gjaldt utvikling av et KGV-system (konkurransgjennomføringsverktøy for offentlige anskaffelser). EU-domstolen kom til at utviklingen av systemet var tett knyttet til utøvelsen av offentlige kjerneoppgaver, i det aktuelle tilfellet å sørge for at anskaffelsesregelverket overholdes. Teknisk sett kunne KGV-systemet opplagt vært overlatt til markedet, og det fantes private alternativer til i hvert fall deler av løsningen. Til tross for at det fantes markedsbaserte alternativer, kom altså EU-domstolen til at utviklingen av verktøyet var knyttet til en offentlig kjerneoppgave og dermed ikke skulle betraktes som økonomisk aktivitet.

Tilsvarende så ESA i *eHealth*-saken bort fra potensiell eller beskjedent konkurranse om å tilby de aktuelle e-helsetjenestene:

*"(128) When the nature of an activity carried out by a public entity is assessed with regard to the state aid rules, it cannot matter whether the activity might, in principle, be pursued by a private operator. Such an interpretation would in practice bring any activity of the State not consisting in an exercise of public authority under the notion of economic activity."*⁷⁶

[...]

(133) To the extent that competition exists, it appears to be more of a complimentary nature, or a remnant from a time predating the roll-out of the respective eHealth solution [...]"

I *HIS*, *FriDA* og *NDLA* ble klar tilstedeværelse av parallelle private løsninger i markedet heller ikke funnet avgjørende.

På denne bakgrunn er det vår vurdering at forvaltningens *egen* utvikling og bruk av felleskomponentene vil anses som ikke-økonomisk virksomhet, selv om man muligens kunne ha benyttet kommersielle løsninger fra tredjeparter i stedet for egne løsninger. Verken Digdir eller den

⁷⁵ C-687/17 P

⁷⁶ Med henvisning til EFTA-domstolens dom i sak E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund v ESA [2008] EFTA Ct. Rep. 62, paragraph 80.

enkelte tjenesteeier vil dermed anses som "foretak" for så vidt gjelder denne bruken, og det reiser ikke statsstøtterettslige problemer at løsningene finansieres med offentlige midler.

Dersom de offentlige tjenesteeierne skulle begynne å benytte felleskomponentene i næringsvirksomhet eller på annen måte utenfor rammen av det som naturlig kan anses som offentlige kjerneoppgaver, kan det tenkes at situasjonen ville være en annen. Det må eventuelt vurderes konkret, og vi går ikke nærmere inn på det her. Vi viser til drøftelsene i 5.5 – 5.8 som gjelder private virksomheters bruk.

5.5 Altinn

5.5.1 Privates mulige bruk av Altinn

Vi viser til den generelle beskrivelse av Altinn i kapittel 3 ovenfor, og de tre eksisterende casene som er beskrevet i punkt 4.2 – 4.4 ovenfor.

I dette avsnittet skal vi vurdere om det har eller vil ha statsstøtterettslige implikasjoner å tillate private aktører å bruke Altinn til eget erverv. Vi vil primært vurdere dette i lys av de tre casene. I tillegg vil vi knytte noen kommentarer til eventuell annen mulig privat bruk.

Vi skal ikke vurdere situasjoner der private virksomheter bruker Altinn til pålagt offentlig rapportering.

5.5.2 Blir Digdir et foretak når Altinn-tilgang tilbys til private?

5.5.2.1 Under hvilke omstendigheter blir Digdir et foretak?

Som nevnt i punkt 5.4 mener vi at drift og bruk av Altinn ikke er økonomisk aktivitet når offentlige tjenesteeiere bruker felleskomponenten til å interagere med bedrifter og privatpersoner på ulike måter som ledd i utøvelsen av sine myndighetsoppgaver. Bruk av Altinn har da en opplagt og nær tilknytning til offentlige kjerneoppgaver. Verken tjenesteeier eller Digdir opptre som foretak. Driften av Altinn kan da finansieres fullt ut over offentlige budsjetter

Når private får tilgang til infrastrukturen for å drive egen ervervsvirksomhet, er ikke denne konklusjonen like opplagt. Spørsmålet må vurderes med utgangspunkt i de prinsippene som er gjennomgått ovenfor i punkt 5.1.2. Hovedproblemstillingen er om det å tilby private tilgang til felleskomponentene, er en oppgave som etter sin art, formål og de regler den er underlagt er tilstrekkelig knyttet til utøvelsen av offentlige kjerneoppgaver ("*whether [the] activities are connected, by their nature, their aim and the rules to which they are subject, to the exercise of public powers*"). Som også nevnt ovenfor, vil "offentlig myndighetsutøvelse" kunne omfatte mer enn bare myndighetsutøvelse i klassisk forstand. Kravet om tilknytning oppfatter vi heller ikke som et krav om at aktiviteten må være *uatskillelig* fra myndighetsutøvelsen – det er tilstrekkelig at aktiviteten *understøtter* statlig myndighetsutøvelse.

I lys av dette er det noen generelle poeng det er verdt å fremheve før vi går inn på de spesifikke casene som er beskrevet.

For det første er det etter vårt syn ikke i seg selv avgjørende om Altinn brukes til kommunikasjon mellom private eller om man holder seg til den tradisjonelle bruken der Altinn benyttes til innrapportering mellom det offentlig og en privat bedrift eller borger. Det avgjørende er om denne bruken understøtter en oppgave som det offentlig har ansvar for å utføre. Videre må nok det

offentlige beholde en viss grad av kontroll, da spørsmålet også skal vurderes i lys av de regler tjenesten er underlagt. ESAs avgjørelse i *eHealth*-saken er et godt eksempel på dette: Brukerne av de aktuelle e-helsetjenestene (se beskrivelse i punkt 5.1.2 ovenfor) i all hovedsak offentlige aktører. Ca. 10 % av medlemmene i Helsenet, som tilbyr kommunikasjonsinfrastruktur mellom ulike deler av det norske helsevesenet, er likevel private helsetilbydere, for eksempel tannleger. Følgelig blir noen av informasjonsutvekslingsfunksjonene i Helsenet brukt av private. ESA problematiserer ikke dette i sin rettslige vurdering, men konkluderer med tjenestene som sådan " *all help ensure compliance with relevant Norwegian and EEA legislation*".⁷⁷ Underforstått var også de private virksomhetenes bruk knyttet til statens ansvar og myndighetsutøvelse. Vi anser likevel at det i like tilfeller trolig vil være en glidende overgang mot situasjoner der det først og fremst er de private brukerne som drar nytte av utvidet bruk av de offentlige løsnignene, og det må derfor hele tiden vurderes om bruken har en tilstrekkelig tilknytning til utøvelse av offentlig myndighet.

For det andre, så lenge oppgaven anses tilknyttet offentlig virksomhet, er det ikke avgjørende at den også *kunne* ha vært utført av private, eller at det finnes private alternativer tilgjengelig på markedet, jf. *TenderNed*. Om det finnes et privat marked, vektlegges likevel der løsningen benyttes av private og tilknytningen til den offentlige myndighetsutøvelsen er svak eller usikker. Et eksempel er ESAs avgjørelse i *Innovation Norway*⁷⁸, der ESA undersøkte om Innovasjon Norges tilbud av IT-tjenester knyttet til reiselivsportalen *visitnorway.com* innebar statsstøtte. Innovasjon Norge har blant annet som oppgave å profilere Norge som reisemål, men begynte etterhvert også å tilby web-infrastruktur og beslektede IT-tjenester til regionale markedsføringsselskaper og destinasjonsselskaper som har sluttet seg til *visitnorway.com*-løsningen. ESA kom her til at generell markedsføring av Norge som reisemål ikke kunne anses som en økonomisk aktivitet, mens levering av web-infrastruktur og beslektede IT-tjenester i konkurranse med andre private aktører ble ansett som en økonomisk aktivitet. ESA la for det første vekt på at webinfrastruktur tjenester ikke er uatskillelig fra INs mandat om å promotere Norge som turistdestinasjon. For det andre understreket ESA (i avsnitt 98) at det måtte vurderes "*whether competition exists on the market in question, i.e. if there are other entities offering the same or substitutable goods and services*." Det var tilfellet for den delen av virksomheten som gjaldt "web infrastructure and related services", og denne delen av virksomheten ble derfor ansett som økonomisk virksomhet.⁷⁹

Det avgjørende i *Innovasjon Norge*-saken var trolig at web infrastrukturentjenester syntes å ha en ganske løs tilknytning til myndighetsutøvelsen. At det eksisterte private løsninger, underbygget dette. Konklusjonen ble som nevnt den motsatte i ESAs *eHealth*-sak, hvor private virksomheters bruk fremstod som godt forankret i statens overordnede ansvar for et velfungerende helsevesen og overholdelse av lovfastsatte krav. ESA fremhevet likevel i tillegg (avsnitt 133) at det private markedet var begrenset, fordi staten "*does not intend to promote competition with its backbone eHealth*

⁷⁷ Vedtak 057/19/COL, avsnitt 131

⁷⁸ No 469/15/COL of 4 November 2015 to close the formal investigation into the alleged State aid to Innovation Norway for its activities within the market of web infrastructure and related services, as well as possible aid in favour of the regional tourist boards and the destination management organisations (Norway) [2017/1150]

⁷⁹ Et annet eksempel er avsnitt 216 i NOA-retningslinjene, der det klart fremgår at tilbud av tilknytning til bredbåndnett til private sluttbrukere er en økonomisk aktivitet, pga. privat konkurranse. Derimot uttaler ESA at "*connecting only public authorities is a non-economic activity and the public funding of so called 'closed networks' therefore does not constitute State aid*."

solutions. Norway has not created a market for parallel backbone national eHealth solutions, but is taking and maintaining control of these solutions [...]". Uttalelsen illustrerer etter vårt syn at der tilknytningen til myndighetsutøvelse er reell, har det underordnet betydning at det teknisk sett finnes tilsvarende private løsninger. Den offentlige løsningen vil gjerne understøtte myndighetsutøvelsen mer effektivt pga. integrasjon med det offentliges egne løsninger, sikkerhetshensyn, tillit el.l..

For det tredje har det en viss betydning om det tas betaling for tjenestene eller ikke, men som vi har drøftet ovenfor, vil ikke betaling uten videre føre til at virksomheten får økonomisk karakter. I en del saker har det vært lagt vekt på om en offentlig tjenestetilbyder selv setter prisen eller om den er satt av overordnet myndighet. En del av kostnadene ved Altinn dekkes i dag av tjenesteeierne, bl.a. gjennom transaksjonsbasert prising, mens sentral videreutvikling finansieres direkte over statsbudsjettet. Til nå har det stort sett ikke vært krevd vederlag fra private. Så lenge det eventuelt viderefaktureres et beløp basert på Altinns generelle prismodell, som uansett bare vil dekke en andel av kostnadene, vil et slikt vederlag etter vår vurdering ikke ha forretningsmessig preg, og bør derfor ikke tas til inntekt for at tilgangen til Altinn er av økonomisk karakter.

Der man ikke finner at ønsket bruk har tilstrekkelig tilknytning til offentlig myndighetsutøvelse, må det eventuelt vurderes om det er mulig å konkludere med at tilbud om tilgang til Altinn på annet grunnlag er ikke-økonomisk aktivitet, for eksempel i lys av prinsippene som gjelder for infrastruktur.

5.5.2.2 Opptrer Digdir som foretak ved bruk av Altinn i samtykkebasert lånesøknad?

Samtykkebasert lånesøknad (SBL) innebærer at en lånsøker, gjennom å gi samtykke i Altinn, kan frita Skatteetaten for taushetsplikt slik at banken kan få utlevert likningsinformasjon om lånsøker fra Skatteetatens systemer. I utgangspunktet fremstår dette som en tjeneste som først og fremst gagnar bankene, ved at det letter deres prosedyrer i forbindelse med innvilgelse av lån. I forbindelse med SBL er det ved første øyekast ikke helt opplagt at Altinn stilles til rådighet for å understøtte en oppgave det offentlige har og som innebærer utøvelse av offentlig myndighet.

Her er det likevel nyttig å ta et steg tilbake. Beskatning og skatteinnkreving er en offentlig kjerneoppgave tillagt stat og kommune etter skatteloven og skatteforvaltningsloven. Skattedirektoratet har videre ansvar å føre skattelisten, som inneholder informasjonen i skattesubjektenes skattemelding, jf. skatteforvaltningsloven § 9-7. Sammenstilling, lagring og tilgjengeliggjøring av opplysninger om inntekt, formue osv. basert på innrapportert informasjon fra innbyggerne er dermed også en offentlig kjerneoppgave.

SBL går ut på at bankene bruker Altinns infrastruktur til å få tilgang til skattegrunnlag og inntektsdata hos Skatteetaten, ved hjelp av samtykke fra forbrukerne. Tidligere måtte forbrukeren selv hente ut opplysningene fra Skatteetaten og sende dem til banken. SBL muliggjør tilgjengeliggjøring av informasjon som Skatteetaten har et lovpålagt ansvar for å samle inn, sammenstille, lagre og gjøre tilgjengelig.

Offentleglova knesetter offentlighet som utgangspunkt i forvaltningen, jf. § 3. Rettslig sett oppfatter vi at bankens forespørsel er en innsynsanmodning i informasjon som i utgangspunktet er taushetsbelagt. Etter offentliglova § 13 tredje ledd er det offentlige forpliktet til å følge opp en innsynsanmodning der den som ber om innsyn også ber den berettigede frafalle beskyttelse: "*Gjeld innsynskravet eit dokument som inneheld opplysningar som er underlagde teieplikt, og denne plikta fell bort dersom den som har krav på tystnad samtykkjer, skal innsynskravet saman med ei eventuell grunngeving på oppmoding leggjast fram for vedkommande med ein høveleg frist til å svare*". Slik vi oppfatter det, vil

derfor skatteetaten, også i fravær av elektroniske løsninger for dette, ha plikt til å forespørre skatteyter om å samtykke til utgivelse av opplysninger, dersom den som begjærer innsyn ber om dette. I praksis har innhenting av likningsopplysninger neppe skjedd på denne måten før utvikling av SBL, fordi det var enklere for skatteyter å selv hente ut opplysningene. Det rettslige rammeverket, som forvaltningen er forpliktet av, har imidlertid ligget der. På denne måten understøtter SBL skatteetatens oppfyllelse av plikten etter offentleglova § 13(3). Mer generelt kan det sies å være i overensstemmelse med overordnede offentlige målsetninger som "once only"-prinsippet⁸⁰ og gjenbruk av offentlige data, jf. bl.a. Digitaliseringsstrategien, ettersom det forenkler uthenting av opplysninger fra forvaltningen.

Fordi løsningen forenkler utleveringen av informasjon det offentlige sitter på, og understøtter forvaltningens oppfyllelse av plikter etter offentleglova, er vår vurdering at SBL er tilstrekkelig knyttet til en offentlig kjerneoppgave etter sin art, sitt formål og reglene det er underlagt. Nyere praksis viser som nevnt at EU-domstolen ikke stiller veldig strenge krav til tilknytning, jf. *TenderNed*.

Tilgjengeliggjøring av informasjon i skattemeldingen er dermed etter vår vurdering ikke sammenliknbar med virksomheten i eksemplene fra praksis der henholdsvis ESA og EU-Kommisjonen har falt ned på at tilbud om bruk av en offentlig IT-løsning til private aktører var økonomisk aktivitet. Vi tenker da på webinfrastrukturtenester, som i *Innovation Norway*, og IT-løsninger for å administrere privatskoler, som i *HIS*. Som nevnt tillater praksis også en viss konkurranse med private løsninger der tilknytning til en offentlig kjerneoppgave er tilstrekkelig sterk. Se *Dovera*⁸¹ og *eHealth* i denne forbindelse.

Endelig er det et argument for at SBL er tilstrekkelig knyttet til en offentlig kjerneoppgave, at det ikke tas noe kommersielt vederlag fra bankene for bruken av Altinn. Vi oppfatter at dagens betalingsmodell kan være uheldig, da tjenesteeierne blir sittende med en uforholdsmessig stor del av kostnadene. Slik vi oppfatter det, er imidlertid hensikten at det på sikt kan tas et vederlag som et stykke på vei bidrar til kostnadsdekning for drift-, og muligens utvikling, uten påslag, fra private brukere. Dette fremstår ikke som et kommersielt vederlag fastsatt i et konkurransebasert marked. Vi viser til uttalelser fra *TenderNed* og *Compass Datenbank* ovenfor. Vi vil imidlertid påpeke at det trolig vil være en fordel om vederlaget (eller prinsippene for vederlaget) fastsettes på politisk eller høyere administrativt nivå, og ikke overlates til den enheten i Digdir som står for den daglige driften av Altinn. I sistnevnte tilfellet er det større risiko for at vederlaget kan få et mer forretningsmessig preg.

På denne bakgrunn er det vår vurdering at Altinn ikke utøver økonomisk aktivitet i forbindelse med SBL.

5.5.2.3 Opptrer Digdir/tjenesteeier som foretak når Altinn benyttes i forbindelse med Digital eiendomshandel?

Også når det gjelder digital eiendomshandel, vil vi ta utgangspunkt i spørsmålet om den utvidede bruken av Altinn er tilstrekkelig knyttet til en offentlig kjerneoppgave, jf. drøftelsen i punkt 5.3.1. Vi ser først på den delen av digital eiendomshandel som er i drift i dag, altså Skjøtepakke 2. Her fungerer Altinn som elektronisk formidler av pantedokument mellom bank og megler, før sistnevnte sender skjøtepakken (pantedokument og skjøte) til Kartverket som tinglyser den. Slik vi forstår løsningen, har Kartverket åpnet for at Altinn benyttes for formidling av dokumenter, ikke bare inn til Kartverket, men

⁸⁰ At man bare skal trenge å oppgi samme informasjon til det offentlige én gang, jf. bl.a. Tallin-erklæringen.

⁸¹ C-262/18 P og C-271/18 P – *Komisjonen og Slovakia mot Dôvera zdravotná poisťovňa*

også mellom bank og megler. Integrasjonen med de ulike fagsystemene som brukes hos de private partene (banker og meglere) må derimot partene selv stå for.

Føring av tinglysingsregister (grunnbok) for dokumenter som gjelder fast eiendom, for eksempel pant, er en offentlig oppgave pålagt Statens kartverket i henhold til tinglysingsloven jf. §§ 1 og 4. Det påhviler den som forlanger noe tinglyst, dvs. banken og boligkjøperen, som ofte er bistått av en megler, å sende dokumentet til tinglysingsmyndigheten jf. tinglysingsloven § 6. At Altinn benyttes for elektronisk kommunikasjon inn til Kartverket forenkler imidlertid Kartverkets arbeid, og muliggjør Kartverkets egen digitalisering. Denne bruken oppfatter vi som parallell til tradisjonell bruk av Altinn, der borgere og næringsliv kan benytte Altinn til å innrapportere opplysninger for å oppfylle ulike plikter i lovgivningen. Det nyskapende her er at Altinn også benyttes i kommunikasjon mellom bank og megler.

Kartverket har forklart at bakgrunnen for denne ordningen skyldes at elektronisk tinglysning ved innføringen ikke fikk særlig utbredelse, fordi prosessene hos de private aktørene ikke var tilpasset den elektroniske prosessen mot Kartverket. Ulike løsninger har vært vurdert, herunder at Kartverket skulle utvikle en egen portal som alle involverte aktører skulle samhandle i. Det er ingen tvil om at de private aktørene selv *kunne* ha utviklet egne systemer. Etter det vi er kjent med, ble dette også diskutert, men ikke funnet ønskelig fordi man fryktet at den aktøren som utviklet og forvaltet den digitale løsningen ville få en dobbeltrolle slik at systemet ikke ville fungere nøytralt. Å bruke de offentlige løsningene hadde derfor en særlig verdi, ettersom det ga alle involverte aktører den nødvendige *tillit* til systemet.

Selv om denne utvidede bruken av Altinn utvilsomt kommer de private aktørene (bank, megler) til gode, er det derfor etter vårt syn mye som taler for at Skjøtepakke 2 er tilstrekkelig knyttet til en offentlig kjerneoppgave, nemlig å sørge for et effektivt tinglysningssystem. Dersom man anlegger en snever synsvinkel, må det i det minste kunne sies at selve innrapporteringen gjennom Altinn er knyttet til utøvelse av offentlig myndighet eller offentlige kjerneoppgaver, mens kommunikasjonen mellom bank og megler i lys av forhistorien må anses uløselig knyttet til dette. En parallell kan finnes i *TenderNed*-saken, der EU-domstolen slo fast at hele TenderNed-plattformen, som omfattet både publisering- og tilbudsinnleveringsplattform, samt eGuide, var tilstrekkelig knyttet til statens ansvar for å sørge for elektronisk gjennomføring av offentlige anskaffelser.

Som ovenfor er motargumentet at Altinn her benyttes i kommunikasjon og dokumentutveksling mellom private aktører, og at en tilsvarende løsning for dette formål teknisk og juridisk godt kunne vært utviklet og tilbudt av private leverandører. Av samme grunner som for SBL finner vi likevel ikke dette avgjørende. Vi viser også til punkt 5.3.1.2 vedrørende spørsmålet om vederlag for bruk av Altinn.

På denne bakgrunn er det vår vurdering at Altinn ikke utøver økonomisk aktivitet i forbindelse med Skjøtepakke 2.

Hvorvidt det samme gjelder videre ledd i boligkjøpsprosessen som ønskes digitalisert, jf. beskrivelsen i punkt 4.4 ovenfor, avhenger av den konkrete tilknytningen til offentlige kjerneoppgaver.

Det er som nevnt en offentlig kjerneoppgave å tinglyse "*dokumenter som gjelder fast eiendom*" i grunnboken. Grunnboken omfatter alle rettigheter i eiendommen. I tråd med resonnementet ovenfor innebærer det at formidling mellom bank og megler av samtlige dokumenter som skal tinglyses i grunnboken trolig vil være tilstrekkelig tilknyttet en offentlig kjerneoppgave. Tilbud om bruk av Altinn som meldingsformidler er dermed ikke økonomisk aktivitet i den forbindelse. Vi nevner også at

det etter det vi forstår ikke har vært foretatt nevneverdig utvikling for å få dette til, men de private brukerne har selv måttet integrere løsningen i egne fagsystemer.⁸²

Vi forstår at utvidelse av ordningen er under vurdering. Bl.a. ønskes bruk av Altinn i forbindelse med megleres kommunikasjon med kommunene. Generelt sett vil innsending av opplysninger til offentlige myndigheter være knyttet til offentlige kjerneoppgaver, og vi mener derfor man kan legge til grunn at Altinn kan benyttes til dette uten at det innebærer økonomisk aktivitet.

Argumentet om tilknytning til offentlig myndighetsutøvelse vil derimot ikke nødvendigvis gjelde for private utveksling av andre dokumenter, som ikke skal tinglyses. Ytterligere områder som ønskes innlemmet i ordningen, omfatter bl.a. mellomfinansiering, restgjeldsoppgave og saldoforespørsel fra megler til bank, automatisk bekreftelse tilbake til bank når pantet er tinglyst, samt en endelig bekreftelse på oppnådd prioritet. Det er i utgangspunktet ikke helt lett å se at formidling av slike dokumenter er knyttet til offentlige kjerneoppgaver – forbindelsen er i så fall temmelig indirekte. Her kan man muligens hevde at dersom formidlingen av dokumenter som skal tinglyses skjer gjennom Altinn, er formidlingen av andre dokumenter i prosessen uløselig knyttet til dette, slik at bruken av Altinn på hele løsningen forblir ikke-økonomisk. Det er derfor vår vurdering at dersom en nektelse av å bruke Altinn til disse prosessene vil gjøre Skjøtepakke 2 mindre attraktiv eller vesentlig mindre effektiv, kan det argumenteres for at slik bruk ikke kan skilles fra de offentlige kjerneoppgavene tilknyttet tinglysning.

Med vår kjennskap til faktum fremstår imidlertid dette som noe usikkert. Her må man eventuelt konkret undersøke de prosessene som ønskes digitalisert, men på generelt grunnlag kan det synes å være en fare for at man drar argumentet om tilknytning til offentlig myndighetsutøvelse noe langt dersom dette tillates. Vi vil nedenfor diskutere om felleskomponentene kan vurderes som en form for ikke-økonomisk infrastruktur slik at utvidet bruk kan forsvares også der bruken i seg selv ikke er direkte knyttet til en offentlig oppgave. Dersom den utvidede bruken man ser for seg i forbindelse med digital eiendomshandel delvis faller utenfor hva som kan anses knyttet til myndighetsutøvelse, må bruken eventuelt søkes forankret i disse argumentene.

5.5.2.4 Fellestjenester Bygg – digitalt nabovarsel

Fellestjenester Bygg består som beskrevet ovenfor av en lang rekke tjenester i tilknytning til byggesaksprosessen. DIBK har løst dette gjennom kunngjøring av tjenestekonsesjonskontrakter i henhold til tjenestekonsesjonsforskriften. Konsesjonskontrakten innebærer at private parter får tilgang til å bruke Altinn til å utvikle ulike løsninger for byggesaksprosessen, men også andre felleskomponenter kan være i bruk, bl.a. ID-porten, maskinporten og kommunenes meldingssystem i den kommunale FIKS-plattformen. Vi har ikke sett konkurransegrunnlaget i sin helhet, men er kjent med at det var utarbeidet en kravtabell som inneholdt både obligatoriske krav og bør-krav til de løsningene som skulle utvikles. DIBK har opplyst at det har vært et ønske å "skape et marked", slik at mange av løsningene konkurrerer innbyrdes. Vi forstår at i praksis har alle som oppfylte minstekravene blitt tildelt kontrakt. Konsesjonshaverne får ikke betalt, og må selv sørge for

⁸² Se <https://www.kartverket.no/eiendom/e-tinglysing/brukeravtale/> ("Nåværende system for elektronisk tinglysing er basert på et maskin til maskin-grensesnitt. Det krever teknisk tilrettelegging i virksomhetens system for å kunne knytte seg til Kartverkets system. Virksomheten må selv sørge for å ha en tilgjengelig teknisk løsning, enten ved å utvikle selv eller kjøpe tjenesten fra en tredjepart. Bransjeorganisasjonene har gjerne informasjon om hvilke leverandører som har tilrettelagt system innenfor deres bransje.")

lønnsomhet ved salg av løsningen i markedet. Konesjonskontrakten er inngått for fem år, med mulig tillegg av inntil 12 måneder for idriftsettelse av løsningen.

Slik vi forstår systemet, er samtlige løsninger som utvikles knyttet til oppfyllelse av ulike oppgaver for involverte aktører i byggesaksprosessen. Dette er forenkende for de involverte, men det har også fordeler for kommunene, i form av bedre søknader, enklere kontroll med at mottatte dokumenter oppfyller lovens krav, bedre sikkerhet for at dokumenter sendes riktig kommune o.l. Ifølge DIBKs beregninger er likevel besparelsen størst på den private siden (ca. 2/3).

Etter vår vurdering er det her naturlig å ta utgangspunkt i at det er et offentlig ansvar å sørge for en effektiv byggesaksprosess. At byggesaksprosessen skal digitaliseres, er også i tråd med overordnede politiske målsetninger, bl.a. i Digitaliseringsstrategien, Digital agenda, samt felleseuropeiske målsetninger fastsatt i bl.a. Tallin-erklæringen. DIBKs egen strategi "*BYGGNETT - En strategi for fremtidens digitale byggsektor*"⁸³ setter også ambisjoner om generell digitalisering av byggebransjen, herunder byggesaksprosessen. Det er derimot ikke mulig å identifisere en *plikt* til digital byggesaksprosess på samme måte som EU-domstolen konstaterte for digitale anskaffelser i *TenderNed*. Vi finner imidlertid ikke at dette i seg selv er avgjørende. Det kan være tilstrekkelig at bruken understøtter en forsvarlig byggesaksbehandling som det offentlige er forpliktet til å sørge for. Vi viser i denne sammenheng til ESAs begrunnelse i *eHealth*, der spørsmålet drøftes som følger:

"(132) It follows from the above that Norway has established these eHealth solutions to both fulfil certain legal obligations and facilitate the fulfilment of such obligations. The activities to comply with such legal obligations are an exercise of public powers and as a consequence do not constitute economic activities. When it comes to designing tools to ensure compliance with such legal obligations, EEA States must have some margin of discretion and can even go somewhat beyond what is strictly required by the legal provision if that is considered necessary to fulfil the state's public duties. It is therefore not necessary to assess whether the State is obligated by law to provide each particular feature of the eHealth solutions and how those features correspond to specific legal obligations. What is important is the general objectives pursued through providing these eHealth solutions, i.e. ensuring and facilitating the fulfilment of legal obligations."

En mulig innvending her er at løsningene som utvikles gjennom Fellestjenester Bygg ivaretar steg i prosessen som tradisjonelt har vært et privat ansvar.⁸⁴ Private har omfattende plikter i en byggesaksprosess, også på stadier der det offentlige ennå ikke er direkte involvert, for eksempel i forbindelse med nabovarsel. Det er også, slik vi oppfatter det, en tradisjon i bransjen for at private tjenesteytere (for eksempel arkitekter, rådgivende ingeniører, mv.) bistår partene i disse prosessene. Å tilrettelegge for dette kan derfor hevdes å ikke være knyttet til utøvelsen av offentlig myndighet.

Etter vår vurdering kunne dette vært en innvending dersom DIBK selv hadde utviklet og tilbudt løsninger for prosesser som tradisjonelt har vært håndtert av private rådgivere. At de private utviklernes løsninger, som finansieres ved betaling fra kundene, er økonomisk aktivitet, er neppe

⁸³ https://dibk.no/globalassets/byggnett/byggnett_rapporter/byggnett-strategi-1.0.pdf

⁸⁴ Det samme kan riktignok hevdes om kommunikasjonen mellom bank og megler i forbindelse med digital tinglysning, men som forklart ovenfor ble bruk av Altinn i det tilfellet besluttet fordi man erfarte at det var nødvendig for at en offentlig prosess (selve tinglysningen) skulle fungere, og fordi private løsninger viste seg å ikke ha nødvendig tillitt. Vi er ikke kjent med at tilsvarende vurderinger har vært gjort for Fellestjenester Bygg.

tvilsomt. Det offentlige bidraget her er imidlertid begrenset til å gi tilgang til nødvendige felleskomponenter, herunder først og fremst Altinn. Det er dermed *denne* aktiviteten som skal vurderes, slik at spørsmålet blir om det å åpne for bruk av felleskomponentene har nødvendig tilknytning til offentlig myndighetsutøvelse.

Slik vi forstår bakgrunnen for de tjenstekonsesjonene som er gitt, er en sentral målsetning integrasjon mot byggesaksprosessen. Dette kommer bl.a. til uttrykk i kravtabellen, der følgende krav fremstår som A-krav (obligatoriske krav til løsningen):

Sluttbruker skal til enhver tid ha mulighet for å lagre utfylt/påbegynt søknad i Altinn for eventuelt å fortsette i annen løsning.

Alle ledetekster skal være identiske med til enhver tid gjeldende informasjonsmodell på Fellestjenester BYGG (i dag representert ved søknadsblanketter og ressurser i ByggSøk). Systemer kan supplere med egne veiledende tekster.

Selv om løsningene også utvikler tjenester som forenkler kommunikasjon og samhandling mellom de private partene, er vår forståelse at bruken av Altinn har klar tilknytning til innrapportering, søknad og byggesaksbehandling i kommunen. At Altinn dermed også benyttes i funksjonalitet som går utover dette, og som først og fremst forenkler prosessene for de private partene, er ikke avgjørende. Antakelig vil denne bruken av Altinn kunne forsvares fordi den ikke på fornuftig vis kan skilles fra den bruken som direkte knyttes til utøvelsen av offentlige oppgaver, jf *TenderNed*-saken. Dette må også ligge innenfor den skjønsmargin staten etter ESAs uttalelse i *eHealth* har til å utvikle annen funksjonalitet utover det man strengt tatt er pålagt.

Basert på dette er vår vurdering at tilbudet om bruk av Altinn og andre felleskomponenter i forbindelse med Fellestjenester Bygg, som omfattes av tildelte tjenstekonsesjoner, kan anses som ikke-økonomisk aktivitet. Verken DIBK eller Digdir kan dermed sies på opptre som foretak i denne forbindelse, og statsstøtteregele kommer dermed heller ikke til anvendelse.

Vi vil likevel nevne at strategien "*BYGGNETT - En strategi for fremtidens digitale byggsektor*" skisserer en mulig rolle for DIBK som generell tilrettelegger for digitalisering av byggebransjen. Vi oppfatter at dette også omfatter forhold som går langt utover det som kan regnes som offentlige oppgaver i forbindelse med byggeprosessen, for eksempel generelle effektiviseringstiltak. Vi presiserer for ordens skyld at drøftelsen ovenfor ikke gjelder denne typen tiltak, kun den bruken som omfattes av gjeldende tjenstekonsesjoner. Det er ikke opplagt at utvidet bruk av felleskomponentene på alle de områder som omtales i strategien vil ha tilstrekkelig tilknytning til myndighetsutøvelse til at bruken kan karakteriseres som ikke-økonomisk. Dette må eventuelt vurderes konkret for eventuell bruk.

Er digitalt nabovarsel tilstrekkelig knyttet til en offentlig kjerneoppgave?

Digitalt nabovarsel er en løsning der nabovarsel mellom en tiltakshaver og naboene (bedrifter eller privatpersoner) sendes, lese, og besvares via Altinn. Altinn har erstattet rekommanderte postsendinger på papir. Det er likevel tiltakshaver eller arkitekt som utformer og sender nabovarsel, og naboene som

mottar og besvarer. Altinn bidrar bare med teknisk infrastruktur.⁸⁵ Digitalt nabovarsel inngår i en rekke av de løsningene profesjonelle tiltakshavere kan benytte i forbindelse med søknadsprosessen, i tillegg til at privatpersoner kan benytte Altinn direkte.⁸⁶ Byggesøknad og nabovarsling i forkant av en byggesøknad, er pålagt etter offentligrettslig regulering i plan- og bygningsloven kapittel 20 og 21 med relevante forskrifter. Behandling av byggesøknaden er en kommunal oppgave. Søknad og nabovarsel er derimot pålagt tiltakshaver.

I medhold av argumentene ovenfor anser vi at denne løsningen har tilstrekkelig tilknytning til utøvelse av offentlig myndighet til at DIBKs tilbud bruk av Altinn ikke kan karakteriseres som økonomisk aktivitet.

En tilleggsproblemstilling når det gjelder Digitalt nabovarsel, er behovet for sjekk av Kontakt og reservasjonsregisteret. Ettersom meldingene ofte går til privatpersoner, kan enkelte av disse ha reservert seg mot elektroniske meldinger. De skal da heller ikke ha nabovarselet digitalt. Dette oppslaget kan avsender imidlertid ikke gjøre selv. Foreløpig håndteres denne problemstillingen ved at DIBK gjør oppslaget. Avsender får deretter kun beskjed om at varselet ikke har gått gjennom, men ikke hvorfor. Nå DIBK gjør oppslaget, kan de ikke gjøre det på vegne av den private (som databehandler) da den private ikke selv har rett til å gjøre oppslag i registeret. Det er uklart for oss hvordan DIBK har vurdert spørsmålet om rettslig grunnlag (behandlingsgrunnlag) for oppslaget på egne vegne (jf. nærmere i kapittel 8).

5.5.3 Støtte på brukernivå

Ettersom vår konklusjon ovenfor er at dagens bruk av Altinn i casene vi har drøftet ikke innebærer økonomisk aktivitet, vil statsstøtte til brukerne bare kunne oppstå som følge av forskjellsbehandling mht. tilgang og vilkår, for eksempel ulik prising eller ved at det gis preferanser for visse kundegrupper.

Alle foretak som befinner seg i en faktisk og rettslig sammenliknbar situasjon, må få tilgang på samme vilkår. I lys av *Hansestadt Lübeck*-dommen, må det legges til grunn at referanserammen – sammenlikningsgrunnlaget – er alle kundene til den som tilbyr tilgang. Når det gjelder bruk av Altinn i de nevnte prosjektene, kan det muligens diskuteres om sammenlikningsgrunnlaget bør være alle private brukere som får tilgang til å benytte Altinn i tjenester som ligger utenfor det tradisjonelle kjerneområdet, eller om det bare er alle som får tilgang innenfor samme sektor, for eksempel alle som har fått tjenestekonsesjon fra DIBK. Dersom man bare krever likebehandling mellom private virksomheter som får tilgang innenfor en og samme tjenesteeiers arbeidsområde, skal det trolig en del til at det oppstår en forskjellsbehandling som vil kunne innebære ulovlig statsstøtte. Dersom tilgangsvilkår må sammenliknes på tvers av bruksområder, er risikoen for forskjellsbehandling større, ettersom avtalene mellom den enkelte tjenesteeier og de private brukerne etter det vi forstår har vært noe ulikt utformet.

⁸⁵ Digdir har etter det vi skjønner lagt opp til at meldinger til innbyggere i fremtiden overføres til Digital postkasse, noe som påvirker løsningen for digitalt nabovarsel. Drøftelsen her gjelder den løsningen vi har fått beskrevet, som benytter Altinn, og vi har ikke tatt stilling til hvordan dette vil stille seg ved en eventuell overføring til Digital postkasse.

⁸⁶ <https://dibk.no/verktoy-og-veivisere/andre-fagomrader/fellestjenester-bygg/tjenestene/tjenester-for-proffbrukere/>

Slik vi oppfatter den bruken man til nå har åpnet for når det gjelder private brukere, har dette utviklet seg som følge av behov og forespørsler på de enkelte områdene. Vi oppfatter at man derfor heller ikke har hatt noen forhåndsfastsatt plan for vilkårene for tilgang, med unntak av de vilkårene Altinn selv opererer med, bl.a. tekniske krav til integrasjonen. I prinsippet er det derfor en fare for diskriminering, ved at man etter omstendighetene ender med å tilby ulike vilkår for selskaper som rettslig og faktisk er i samme situasjon. En typisk problemstilling kunne være at tilgang gis den som kommer først, til foretrekkelighet for eventuelle andre interessenter på et senere tidspunkt.

I praksis er det likevel ikke sikkert det er noen grunn til voldsom bekymring for dette. Problemstillingen vil først og fremst oppstå dersom nye aktører henvender seg og ønsker liknende tilgang, men avvises eller tilbys andre vilkår. Vi oppfatter også at det innenfor hver tjeneste eksisterer et system for likebehandling, bl.a. ved at DSOP sørger for tilgang for alle relevante aktører til hhv. SBL og Digital eiendomshandel. Når det gjelder Fellestjenester Bygg, har DIBK gjennom konkurransen om tjenestekonsesjonskontrakten laget et system som synes godt egnet for å sikre likebehandling mellom likeartede aktører ved tilgang til Altinn.

Samlet sett kan vi derfor ikke se at det er indikasjoner på statsstøtte gjennom diskriminering pr. i dag. Med tanke på eventuelle liknende henvendelser i fremtiden, bør man imidlertid ha et avklart forhold til hvordan pris og tilgang forvaltes, i hvert fall innenfor hver tjenesteeiers område. Dette gjelder særlig dersom det blir aktuelt å ta noe betalt, ettersom vi forstår at Altinns transaksjonsintervaller muligens kan gi noe vilkårlige utslag der private brukere gis tilgang gjennom tjenesteeiers abonnement.

5.5.4 Utvidet bruk av Altinn overfor private

5.5.4.1 Muligheten for utvidet bruk av Altinn - forholdet til offentlig myndighetsutøvelse og statsstøtteregelverket

Basert på erfaringer til nå DSOP og andre liknende samarbeidsprosjekter, har særlig Digdir påpekt at det kan ligge et uutnyttet gevinstpotensial i å benytte felleskomponentene som en form for digital infrastruktur i samfunnet generelt. Tanken er at dette kan gi store besparelser for virksomhetene og samfunnet generelt, og gi grunnlag for raskere digitalisering og utvikling av nye løsninger. Vi oppfatter at man her tenker på en mer generell åpning for at private virksomheter og organisasjoner kan få tilgang til felleskomponentene, som dermed går utover situasjoner hvor bruken kan anses knyttet til offentlig myndighetsutøvelse, som i eksemplene vi har drøftet foran. Vi oppfatter at man ikke tenker at det skal være noen forutsetning at bruken er knyttet til samhandling med det offentlige. Tanken er etter det vi forstår at felleskomponentene kan ha en liknende funksjon som et offentlig veinett, dvs. noe staten (i hovedsak) bekoster og som fører til økt verdiskapning i samfunnet i stort.

Skal slik utvidet, privat bruk kunne begrunnes i at den er knyttet til utøvelse offentlig myndighet eller offentlige kjerneoppgaver, må dette eventuelt søkes forankret i overordnede politiske føringer om digitalisering av samfunnet. Både Tallin-erklæringen, Digital Agenda og Digitaliseringsstrategien kan tas til inntekt for at staten har et ansvar for å legge til rette for digitalisering av samfunnet generelt. Det kan også vises til *TenderNed*-saken, der statens *plikt* til å digitalisere anskaffelsesprosesser ble sett på som et utslag av offentlig myndighetsutøvelse. På denne bakgrunn kan det spørres om også generelle målsetninger og samfunnsoppdrag om digitalisering av samfunnet kan defineres som en "offentlig oppgave" slik at tiltak som understøtter utbredelse av digitale løsninger i samfunnet – også statlig finansierte – kan anses knyttet til offentlig myndighetsutøvelse.

Etter vår vurdering kan overordnede målsetninger i nevnte dokumenter ikke anses som offentlig myndighetsutøvelse på samme måte som den formen for myndighetsutøvelse vi har diskutert i tilknytning til dagens bruk av Altinn utenfor offentlig sektor, og som bl.a. *TenderNed*-saken bygger på. For det første er målsetningen mye løsere, og angår ikke direkte statens egne oppgaver, men tilrettelegging ute i samfunnet. For det andre ville en slik forståelse gi rom for subsidiering av privat virksomhet på nær sagt alle områder staten ønsker å fremme. Statsstøtteforbudet ville med det blitt tilnærmet virkningsløst. Vi vurderer derfor at åpning for slik generell, privat bruk av Altinn ikke vil kunne forsvares med at tilgang til Altinn tilbys som ledd i en ikke-økonomisk aktivitet pga. nær tilknytning til offentlige kjerneoppgaver (selv om det kan tenkes at dette er en tilstrekkelig begrunnelse i enkelttilfeller, dersom situasjonen likner på det som er beskrevet i punkt 5.5.2.2 – 5.5.2.4.). Skal slik bruk kunne anses som "ikke-økonomisk", må man vurdere andre grunnlag, og det mest nærliggende er prinsippene om ikke-økonomisk infrastruktur, jf. ovenfor.

5.5.4.2 Kan felleskomponentene vurderes som ikke-økonomisk infrastruktur?

Statsstøtterettslige prinsipper for utvikling, drift og tilgang til infrastruktur er drøftet ovenfor i punkt 5.3.5. Som nevnt der finnes ingen legaldefinisjon av begrepet "infrastruktur". Vi er heller ikke kjent med saker der liknende tjenester vurderes som infrastruktur i statsstøtterettslig sammenheng. I det følgende skal vi likevel drøfte om det kan være grunnlag for å vurdere felleskomponentene som en form for ikke-økonomisk infrastruktur, på samme måte som veinettet, som det dermed er mulig at staten kan bekoste. Konsekvensen av dette er i tilfellet at felleskomponentene kan bekostes av staten, også for så vidt gjelder privat bruk, uten at det innebærer statsstøtte verken til Digdir (som tilbyr av infrastrukturen) eller til brukerne (private virksomheter).

Vi har undersøkt om det er mulig å finne holdepunkter for dette i statsstøtteavgjørelser eller policy-dokumenter fra EU. Det har også fra EU-hold vært tatt en del initiativer til utvikling av digitale fellestjenester for offentlig sektor. I Tallin-erklæringen av 6. oktober 2017 nevnes bl.a. målsetningene om å "*enable the private sector to make use of national eID schemes and trust services in securing the delivery of their digital services, where beneficial to the citizen, including by further development of single sign-on, mandates and delegations*", samt å gjøre "*ICT solutions owned by or developed for the public administrations more readily available for reuse in private sector and civil society, for example by developing and publishing terms and conditions on how third parties may reuse solutions*".⁸⁷ Denne typen tjenester omtales også som "infrastructure" flere steder. Vi oppfatter imidlertid ikke Tallin-erklæringen som helt klar når det gjelder vilkårene for gjenbruk. Henvisningen til "terms and conditions" kan for eksempel godt forstås slik at det normalt forventes at tredjeparter betaler et visst vederlag for bruken. Uttalelsene om gjenbruk ("reuse") kan dessuten også leses som en oppfordring om å tilgjengeliggjøre kildekode for eksisterende løsninger, hvilket er noe helt annet enn å tilby tilgang til en driftet løsning.

Under finansieringsprogrammet Connecting Europe Facility bidrar EU med midler til utvikling av såkalte Digital Service Infrastructures (DSIs), herunder tjenester for eID, eProcurement, eHealth, eInvoicing og mye annet. Imidlertid problematiserer verken Tallin-erklæringen eller det tidligere strategidokumentet *EU eGovernment Action Plan* fra 2016 forholdet til statsstøttereguleringen. Av utlysningene under Connecting Europe-programmet fremgår imidlertid at forholdet til

⁸⁷ Tallin Declaration on eGovernment at the Ministerial meeting during Estonian Presidency of the Council of the EU on 6 October 2017.

statsstøtteregeleverket må vurderes der medlemsstatene deltar i finansieringen. Støtte til utviklingen av DSIs synes da forutsatt å falle under regelverket for støtte til forskning, utvikling og innovasjon (FoUoI).⁸⁸ Dette gjelder utvikling i privat regi, og retter seg mot et annet ledd i verdikjeden. At man ikke problematiserer prinsippene for finansiering og drift av infrastruktur, gi likevel en indikasjon på at en slik betraktningssmåte i hvert fall pr. nå ikke er vanlig. Til dels kan nok dette likevel forklares med at det først er ganske nylig at digitale løsninger har fått en plass i samfunnet som gjør at det er naturlig å omtale dem som infrastruktur, men det er likevel talende at muligheten ikke synes å være behandlet i verken avgjørelser eller litteratur.

Som nevnt er vårt syn at i fravær av legaldefinisjoner av "infrastruktur", og i mangel av klare holdepunkter for at digitale løsninger vurderes som dette i statsstøttesammenheng, er man bedre tjent med å vurdere direkte om felleskomponentene synes å ha de egenskapene som vektlegges i vurderinger av ikke-økonomisk infrastruktur.

Som drøftet i punkt 5.3.5, vil spørsmålet om en infrastruktur er økonomisk aktivitet til dels bero på organisatoriske forhold. At det ikke tas vederlag, eventuelt bare et symbolsk vederlag, taler mot at infrastrukturen anses som økonomisk aktivitet. I Digitaliseringsdirektoratets egne notater vektlegges nettopp dette, og det forutsettes derfor at man kun tar "*reell kostnadsdeling uten påslag, slik at vi kan begrunne at offentlig sektor ikke opptrer som markedsaktør og driver forretning (økonomisk aktivitet)*". Vi er enige i at dette spiller en rolle, men vil understreke at det først og fremst er der prisen bare utgjør en mindre del av kostnadene at dette får stor vekt. Det er ikke nødvendigvis mulig å ta ut full kostnadsdekning. Dette blir imidlertid et skjønsspørsmål, og som det fremgår i punkt 5.3.5 ovenfor, har det også betydning hvordan et eventuelt vederlag er fastsatt. Om prisen er satt av overordnet myndighet uten at den direkte tilbyderer har særlig påvirkningsmulighet, er risikoen lavere for at det dreier seg om økonomisk aktivitet.

Skal en infrastruktur være ikke-økonomisk, må den videre være allment tilgjengelig, dvs. ikke dedikert til en bestemt eller bestemte aktører. "Like vilkår" for tilgang fremstår som en sentral målsetning med åpningen (jf. notatet av 19. mars), og vi legger derfor til grunn at dette vil bli ivarettatt.

Som nevnt under 5.3.5 er imidlertid vår vurdering at man ikke gjennom organisasjonsmessige grep alene kan sørge for at en infrastruktur er ikke-økonomisk, dersom den er av en slik art at man normalt vil regne med markedsbasert konkurranse på området. Et viktig spørsmål er derfor om det kan antas at Altinn vil møte begrenset konkurranse fra eksisterende markedsaktører. Denne vurderingen kan være vanskelig, bl.a. fordi det ikke er klart formulert i praksis hvilken grad av markedskonkurranse som eventuelt kan være akseptabel.⁸⁹ I noen grad fremstår vurderingen som kasuistisk, hvor man i praksis har lagt seg på at visse typer infrastruktur (som flyplasser) nesten uansett anses som økonomisk aktivitet, mens vurderingen er mindre streng for eksempel for veier og jernbane.

Ved vurderingen må det ses hen til om tjenesten eller infrastrukturen det gjelder, er egnet for kommersiell utnyttelse, herunder om det er nærliggende at den offentlige løsningen møter markedskonkurranse og om private kunne tilbudt tjenesten. For IKT-tjenester og infrastruktur som ikke er direkte knyttet til myndighetsutøvelse, vil nok terskelen i utgangspunktet være ganske høy,

⁸⁸ Se 2019-2020 CEF Telecom Work Programme, https://ec.europa.eu/inea/sites/inea/files/cefpub/c_2020_1078_fl_annex_en_v2_pl_1066015.pdf, punkt 5.1.

⁸⁹ Videre er fravær av et marked også brukt som et argument for at støtte ikke er konkurransevridende, men her er nok terskelen enda høyere, ettersom man ikke ser hen til fravær av kommersiell utnyttelse, etc.

siden dette er en sektor med mange, store kommersielle aktører. *HIS*-saken er likevel et eksempel på at Kommisjonen aksepterte at det langt tilbake i tid, da løsningen ble etablert (på 70-tallet), ikke fantes noen private tilbydere av IT-systemer til høyskole- og universitetssystemene. Situasjonen i IKT-sektoren er drastisk endret siden da, så saken har begrenset overføringsverdi. Den viser likevel at det kan ta noe tid før ny tjenester blir kommersielt levedyktige, slik at det trolig kan argumenteres med at for eksempel nye teknologiske løsninger i en oppstartsfasen muligens må tilbys av staten som en basistjeneste til samfunnet, i påvente av at et kommersielt marked vokser frem.

I utgangspunktet vil vi tro at det skal en del til å få gjennomslag for at Altinn er en type løsning der det ikke er nærliggende med privat konkurranse. Liknende tjenester er etter det vi forstår fullt mulig å utvikle for en privat aktør, og det vil fra et konkurranseperspektiv være betenkelig å legge vekt på at Altinn er mer attraktiv siden løsningen allerede er kjent for brukere på en rekke ulike områder. En annen sak er dersom høye investeringskostnader eller stor grad av volumavhengighet gjør det vanskelig å se for seg at en privat aktør overhodet ville ha tatt risikoen med å utvikle noe tilsvarende, eller fordi det rett og slett ikke er privat betalingsvillighet til å betale fullt ut det slike tjenester koster. Det kan også være at den fulle nytteverdien av løsningen er avhengig av en nettverkseffekt, dvs. at den brukes til flest mulig tjenester og av fleste mulig brukere, eller at hensynet til tillit og upartiskhet tilsier at en tjeneste som Altinn bare vil ha den nødvendige tilliten hos brukerne dersom den tilbys av en ikke-kommersiell og upartisk aktør. I så fall er det mulig å argumentere for at tjenesten ikke egner seg for konkurranse, og at Altinn kunne fylle en liknende funksjon som en ikke-økonomisk infrastruktur i for eksempel veisektoren. Vi antar at det her muligens kan være en viss forskjell mellom Altinns dialog- og datadelingsplattform på den ene siden, og tjenesteutviklingsplattformen på den andre. For så vidt gjelder tjenesteutviklingsplattformen, kan det kanskje hevdes at denne har liten kommersiell interesse som selvstendig tjeneste, fordi den verdiøkende tjenesten utvikles av tjenesteeier selv. Dersom dette stemmer, kan det brukes som argument for at denne delen av Altinn må kunne benyttes som ikke-økonomisk infrastruktur som staten kan tilby innenfor rammen av ikke-økonomisk aktivitet.

Som nevnt kan vi ikke se at det er noen direkte presedens for å vurdere denne typen IT-løsninger som ikke-økonomisk infrastruktur. Dette må eventuelt underbygges med faktiske argumenter om markedssituasjonen og behovet. Selv om man skulle finne gode, faktiske argumenter for at konkurranse i praksis vanskelig lar seg realisere, er det likevel etter vår vurdering langt fra opplagt at dette. Ønsker man å gå denne veien, vil vi derfor anta at opplegget for tilbud om tilknytning til Altinn for et større, privat marked, bør forelegges ESA, antakelig gjennom formell notifikasjon. Ved en slik prosedyre vil man kunne få avklart ESAs syn på saken, og få trygghet for at det ikke i ettertid kan gripes inn med krav om tilbakebetaling.

5.5.4.3 Hvordan bør privates tilgang til Altinn prises?

Dersom man kan begrunne at Altinn, også når tjenesten tilbys i et videre privat marked, er en ikke-økonomisk aktivitet, er det bare kravet til objektivitet og ikke-diskriminering som må ivaretas for å hindre statsstøtte til brukerne, jf. prinsippene gjennomgått i punkt 5.3.4.3.

Dersom Altinn anses som økonomisk aktivitet når tjenesten tilbys private, er derimot utgangspunktet at prisene må dekke alle direkte kostnader, en passende andel av faste felleskostnader og rimelig avkastning på investert kapital, jf. kapittel 5.3.4.2. Vi forstår de diskusjoner som har vært til nå slik at man ikke ser for seg en prismodell i tråd med dette, ettersom tanken er at staten skal fortsette å dekke en del felles utviklingskostnader, og man ikke ønsker å ta fortjeneste. En slik prismodell vil også kreve separat regnskapsføring, noe som etter det vi forstår oppfattes som tungvint.

Dersom man ikke kan definere Altinn som ikke-økonomisk infrastruktur, kan det spørres om det likevel er mulig å se hen til prinsippene for prising av tilgang til infrastruktur som regnes som økonomisk aktivitet (jf. punkt 5.3.5.4 ovenfor). Som vi har redegjort for, vil bruk av disse prinsippene kunne åpne for at brukerne dekker en lavere andel av faste kostnader enn dersom man tar utgangspunkt i alminnelige prinsipper. Som nevnt har det vært åpnet for at bare merkostnadene som følge av den private tilgangen, pluss rimelig fortjeneste, dekkes i slike situasjoner. Begrunnelsen for dette er knyttet til at mange typer infrastruktur gjerne opprinnelig har vært utviklet for ikke-kommersielle formål, og kan ha en stor "ryggsekk" av felleskostnader som det er tilnærmet umulig å dekke inn kommersielt. Vi er usikre på om dette er tilfellet for Altinn. Vi nevner også at ESA i saken om Innovasjon Norges web-tjenester⁹⁰ benyttet en vanlig kostnadstest, der det ble lagt til grunn at prisen mot kundene på det kommersielle markedet også måtte dekke en andel av de faste felleskostnadene. Dette må eventuelt begrunnes konkret i Altinns kostnadsstruktur, funksjonalitet og historikk. Det er også viktig å være klar over at det til forskjell fra den prismodellen man opererer med overfor offentlige kunder, uansett må regnes inn en fortjeneste, også dersom de særlige prinsippene om prising av tilgang til infrastruktur legges til grunn.

Oppsummert er derfor situasjonen at dersom et tilbud om tilgang til Altinn først vurderes som økonomisk aktivitet, må det uansett sikres en pris som dekker relevante kostnader, slik at ikke brukerne mottar statsstøtte. Dette krever separat regnskapsføring og korrekte kostnads kalkyler. Det er mulig man kan argumentere for at en mindre andel av faste kostnader må dekkes etter analogi fra prinsippene som gjelder ved prising av tilgang til infrastruktur, men dette fremstår usikkert, må uansett vurderes i lys av en nærmere vurdering av Altinns kostnadsstruktur, og eventuelt søkes avklart med ESA på forhånd. Det må også tas en fortjeneste. For praktiske formål antar vi derfor at det viktige spørsmålet er om tilgang til Altinn tilbys som ledd i en økonomisk eller ikke-økonomisk aktivitet.

5.6 ID-porten

5.6.1 Privates mulige bruk av ID-porten

Som beskrevet i punkt 4.5 har ID-porten også fått en rekke henvendelser om privat bruk. Den eneste av henvendelsene som har vært imøtekommet, er nettapotekenes bruk når kunder kjøper reseptbelagte legemidler. Forespørselen om tilsvarende bruk ved ikke-reseptbelagte legemidler samt de øvrige forespørslene er avslått, med begrunnelse i ID-portens egne brukervilkår.

Vi skal i det følgende se nærmere på de forespørslene som er kommet, i lys av prinsippene om at virksomhet knyttet til utøvelse av offentlig myndighet anses som ikke-økonomisk. Deretter vil vi knytte noen kommentarer til eventuell utvidet privat bruk av ID-porten (tilsvarende drøftelsen for Altinn i punkt 5.5.4).

⁹⁰ 469/15/COL

5.6.2 Støtte til Digdir som tilbyder av ID-porten – blir Digdir et "foretak" dersom de aktuelle forespørslene imøtekommes?

5.6.2.1 Forespørselen fra BI

Handeshøyskolen BI ba i 2013 om at studentene kunne få benytte ID-porten ved innlogging i elektroniske selvbetjeningstjenester. Forespørselen ble avslått med henvisning til at BI ikke utførte forvaltningsoppgaver på vegne av det offentlige. Avslaget er ikke begrunnet i statsstøttereglene, men i ID-portens egne brukervilkår.

Vi forstår avslaget slik at Digitaliseringsdirektoratet mener at BI ikke kan sidestilles med en offentlig høyskole. Dette antar vi også i en statsstøttesammenheng er riktig. Mens offentlig grunnopplæring klart regnes som ikke-økonomisk aktivitet, noe som også vil gjelde en del private skoler med høyt innslag av offentlig finansiering, er det vanskelig å legge dette til grunn for en privat høyskole med høyt innslag av brukerbetaling. BI må dermed etter vårt syn regnes som "foretak" i statsstøtterettslig forstand. Spørsmålet blir derfor om et tilbud bruk av ID-porten til BI *på tross av dette* ville kunne anses som knyttet til offentlig myndighetsutøvelse. Dette er for eksempel mulig å tenke seg dersom innlogging gjennom ID-porten var en forutsetning for håndheving av offentligrettslig regulering i universitets- og høyskolesektoren. Det er for eksempel klart at også studenter ved private høyskoler må kunne logge seg inn på Lånekassens sider ved bruk av ID-porten, eller at man identifiserer seg ved gjennom ID-porten i sammenhenger der staten er direkte involvert, for eksempel ved klage til departementet der loven åpner for dette. Det kunne også muligens argumenteres for at universitets- og høyskoleloven kapittel 3 pålegger både private og offentlige universiteter og høyskoler en del plikter, for eksempel i forbindelse med avholdelse av eksamen, og at studentene dermed for eksempel i forbindelse med sjekk av oppnådde resultater måtte kunne benytte den offentlige autentiseringsløsningen gjennom ID-porten. Denne forbindelsen synes imidlertid nokså fjern. Den akademiske virksomheten ved en privat høyskole ligger i utgangspunktet nettopp til skolen selv, som i de aller fleste henseender må anses som et foretak.

Etter vår vurdering er det derfor vanskelig å se at bruk av ID-porten for BIs studenter skulle være forbundet med utøvelse av offentlig myndighet på en slik måte at tilbudet ville kunne anses som ikke-økonomisk aktivitet. Vi mener derfor at avgjørelsen om å nekte BI tilgang, også var riktig i et statsstøtterettslig perspektiv, med mindre man anser ID-porten som ikke-økonomisk infrastruktur, jf. nedenfor under punkt 5.6.3.

5.6.2.2 Visma skole

Visma skole er leverandør av en app som benyttes i skoleverket. Som nevnt er Visma leverandør til skolene. Vi oppfatter at Digdir har åpnet for at ID-porten kan benyttes i Vismas løsning, men da med kommunene som kunde av ID-porten, og Visma som leverandør. Dette er begrunnet i ID-portens brukervilkår, som krever at det ytes tjenester på vegne av det offentlige eller etter avtale med det offentlige. Systemleverandører anses ikke å oppfylle dette og må derfor i stedet eventuelt signere leverandørvilkår og benytte en "on behalf of"-funksjon som innebærer merarbeid.

Fra et statsstøtterettslig synspunkt kan det likevel spørres om utvikling og drifting av en app som benyttes i skoleverket er forbundet med offentlig myndighetsutøvelse. Offentlig grunnskole har en særlig status i EU/statsstøtteretten, og anses generelt ikke som kommersiell virksomhet, men som en

grunnleggende tjeneste til befolkningen.⁹¹ Dette gjelder også private skoler så lenge de er hovedsakelig offentlig finansiert. At ID-porten stilles til rådighet for ulike tekniske løsninger som benyttes i skoleverket, kan derfor etter vår vurdering skje uten at Digdir dermed blir å anse som et foretak. Dette gjelder uavhengig av om løsningen benyttes av offentlige grunnskoler eller friskoler, ettersom friskoler i Norge i all hovedsak er offentlig finansiert.

Vi mener likevel det ville være problematisk å gi tilgang til Visma i det tilfellet Digdir har skissert. Initiativet kommer her fra Visma, og Visma vil få en fordel vis-a-vis sine konkurrenter før det eventuelt foreligger noe "oppdrag" fra det offentlige om utvikling av en løsning som er til nytte i grunnskolen. Det er mulig at man likevel kan forsvare at Digdir fortsatt ville opptre som offentlig myndighet dersom Visma fikk tilgang, men det er her en stor fare for at Visma får en fordel fremfor andre utviklere av konkurrerende løsninger, som er i samme faktiske og rettslige situasjon. Dette ville innebære mulig støtte til Visma.

Dersom man ønsker å gi denne typen aktører tilgang, bør man antakelig ta sikte på en modell som likner den DIBK har benyttet ved utvikling av Fellestjenester Bygg.

5.6.2.3 Bruk i apoteksektoren

Apotek er i utgangspunktet private foretak⁹², selv om de opererer i en sektor som er strengt regulert. At ID-porten tilbys private apotek, er derfor noe annet enn at den tilbys statlige, ikke-kommersielle enheter. Apotekene har likevel fått lov til å benytte ID-porten ved salg av reseptbelagte legemidler. Dette er begrunnet med at resepter er strengt regulert og nært knyttet til det offentlige helsevesenet. Man har derfor også vurdert det slik at dette ikke er i strid med ID-portens brukervilkår, som i utgangspunktet ikke åpner for at kommersielle virksomheter kan knytte seg til.

Også fra et statsstøtterettslig perspektiv virker dette korrekt. Bruk av e-resept er i ESAs *eHealth*-vedtak ansett som "*part of a national eHealth solution that is provided nationwide by public entities (NHN and NDE) to enable exchange of and interaction pertaining to health-related information within the solidarity based Norwegian health care system*".⁹³ Korrekt håndtering av e-resepter må etter dette også anses som en oppgave forbundet med utøvelse av offentlig myndighet. *eHealth*-avgjørelsen et eksempel på at utvidelse av en løsning til enkelte private brukere (apotekene og tannlegene) ikke automatisk innebærer at virksomheten blir ansett som økonomisk. Det må derfor også være riktig at apotekene kan bruke ID-porten til håndtering av e-resept.

Apotekene ønsker også å benytte løsningen til håndtering av andre apotekvarer (reseptfrie varer og handelsvarer) ved innlogging i nettapotek. Det har bl.a. vært vist til at også opplysninger om kundens kjøpshistorikk av andre varer er "helseopplysninger" som nyter et særskilt vern. Det kan i og for seg spørres om beskyttelse av helseopplysninger er et samfunnsmessig hensyn og bistand til gjennomføring av dette er offentlig kjerneoppgave. Vi mener imidlertid dette er å trekke det for langt. Det er mange private virksomheter som håndterer helseopplysninger og andre sensitive personopplysninger, og kostnadene ved dette må virksomhetene normalt bære selv. I utgangspunktet mener vi derfor ikke at tilbud om bruk av ID-porten til denne typen bruk kan anses å være forbundet med offentlig myndighet.

⁹¹ C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, avsnitt 50

⁹² Jf. ESAs avgjørelse i sykehuapotek-saken, 36/15/COL.

⁹³ Vedtak 057/19/COL

Det kan derimot spørres om denne typen økonomisk bruk er "uløselig forbundet med" den ikke-økonomiske bruken i forbindelse med resepthåndtering, jf. at *TenderNed*-saken i slike tilfeller åpner for at den aktivitetene kan holdes samlet og betraktes som ikke-økonomiske. Spørsmålet om virksomheten er uløselig forbundet med aktiviteter forbundet med offentlig myndighet, må imidlertid i hvert fall som utgangspunkt ses fra det offentliges (dvs. Digdir som tilbyder av ID-porten) perspektiv. Fra Digdirs perspektiv er det ikke like opplagt at bruk av ID-porten til de ikke-reseptbelagte varene er uløselig forbundet med tilbudet knyttet til reseptbelagte midler. Det er nettapotekenes egen løsning som gjør at det er upraktisk for dem å håndtere ulike innlogginger. Fra ID-portens side vil det antakelig ikke være mulig å tillate bruk av ID-porten for nettapoteker, men ikke for kunderegistrering i fysiske apotekutsalg, i den grad det skulle være behov for det. Det er derimot fullt mulig å bare tilby ID-porten i forbindelse med resepthåndtering. Vi heller derfor mot at å tilby ID-porten for innlogging knyttet til ikke-reseptbelagte legemidler og handelsvarer i apotek antakelig må anses som økonomisk aktivitet. Her er vi imidlertid åpne for at det kan være teknisk/praktiske sammenhenger vi ikke overskuer konsekvensene av, og som gjør at bruk av ID-porten til ikke-reseptbelagte varer ved innlogging i nettapotek må anses uløselig knyttet til bruk for resepthåndtering og dermed kan tillates innenfor rammen av ikke-økonomisk aktivitet.

Det kunne derimot spørres om bruk av ID-porten for innlogging i nettapotek i forbindelse med andre handelsvarer er "uløselig knyttet til" den ikke-økonomiske virksomheten knyttet til reseptbelagte varer. For nettapotekene er det forståelig nok en tungvint og lite hensiktsmessig løsning at man må ha ulik innlogging for de ulike varekategoriene, særlig ettersom det også for de ikke-reseptbelagte midlene kan være sensitive helseopplysninger som krever særlig vern.

5.6.3 Utvidet bruk av ID-porten?

I likhet med Altinn, oppfatter vi at spørsmålet om utvidet bruk av Altinn for private virksomheter, drøftet ovenfor, også er aktuelt for ID-porten, som del av en "nasjonal digital infrastruktur". Vi forstår at det oppfattes som en fordel for brukerne (dvs. enkeltpersoner) dersom ID-porten benyttes på tvers av for eksempel offentlige og private skoler, offentlige og private helsetjenester mv., da det bl.a. gir mulighet for single sign-on mv. som Digitaliseringsdirektoratet ønsker å kunne tilby private virksomheter i større skala, uten tilknytning til spesifikke offentlige oppgaver. I likhet med når det gjelder vurderingen av Altinn, kan vi ikke se at dette generelt er mulig å begrunne med at tilbudet er forbundet med utøvelse av offentlig myndighet eller utføring av offentlige kjerneoppgaver. Vurderingen må derfor ta utgangspunkt i ønsket om å skape en digital infrastruktur og ta stilling til om et generelt tilbud om bruk av ID-porten vil kunne anses om ikke-økonomisk på denne bakgrunn.

I denne sammenheng legger vi til grunn at formålet vil være å tilby ID-porten uten at det tas normalt, fortjenestebasert vederlag, og at løsningen vil tilbys bredt ut i markedet uten forskjellsbehandling. Vi viser her til de vurderinger som er gjort av Altinn, ovenfor.

Igjen er det viktigste spørsmålet om man kan anse et generelt tilbud om bruk av ID-porten som en grunnleggende, ikke-økonomisk tjeneste som i liten grad møter markedsbasert konkurranse. Her vil det nok være mulig å hevde at det ikke er noe i veien for at virksomhetene selv inngår avtale direkte med eID-leverandørene og at behovet derfor kan oppfylles av et kommersielt marked. Dette er imidlertid en litt for enkel tilnærming. Gevinsten ved bruk av ID-porten er nettopp, slik vi forstår det, enkel integrasjon mot flere eID-leverandører og enklere avtaleadministrasjon, i tillegg til enkelte tilleggstjenester som for eksempel anonymisering av identitet i forbindelse med autentisering og autorisering. Vi ser heller ikke bort fra at det kan gi en særlig tillit at en offentlig aktør som ID-porten står for autentiseringen. Dette er et behov vi oppfatter at ikke oppfylles av eID-leverandørene alene.

Vi er derimot sterkt i tvil om man kan legge til grunn at ID-porten ikke møter markedsbasert konkurranse fra andre, tilsvarende løsninger. Vi forstår at det finnes kommersielle tjenester på markedet som tilbyr tilsvarende integrasjon og som nettopp retter seg mot kommersielle virksomheter. Blant annet tilbyr de kommersielle virksomhetene Signicat⁹⁴ og Signant⁹⁵ etter det vi kan forstå liknende løsninger for integrasjon mot ulike eID-tilbydere, samt tilleggstjenester som signering av dokumenter og lagringsfunksjoner for dette. Skal man kunne forsvare ID-porten som en basistjeneste som ikke er utsatt for reell markeds konkurranse, må det eventuelt være knyttet til særlige fordeler eller egenskaper ved ID-porten som ikke kan tilbys av det private markedet.

En mulighet her er at det kan være særlige utfordringer knyttet til tillit, sikkerhet e.l. som innebærer at ID-porten skiller seg fra de private løsningene, fordi ID-portens offentlige tilknytning gir en særlig tillit. Vi er ikke konkret kjent med situasjoner hvor dette har særlig betydning, og det må eventuelt begrunnes nærmere. Et annet forhold som trolig oppleves som en fordel ved ID-porten, er muligheten for single sign-on og langtidsinnlogging på tvers av ulike tjenester, noe som gir en bedre brukeropplevelse. Det vil for eksempel være forenkling for en privatperson dersom det ikke krever ny innlogging når man beveger seg mellom tjenester hos NAV og egen bankkonto. I likhet med når det gjelder Altinn, stiller vi oss imidlertid (av konkurransehensyn) tvilende til om ID-portens store utbredelse i offentlig sektor er et selvstendig argument for at den tilbyr noe de private ikke er i stand til å tilby. Her snakker man egentlig om en fordel i kraft av å være stor, og allerede ha en betydelig markedsposisjon og et særlig fortrinn i staten.

På denne bakgrunnen er vi tvilende til om ID-porten kan anses som en form for grunnleggende infrastruktur som ikke møter markedsbasert konkurranse. Vi finner det i utgangspunktet vanskeligere å begrunne et slikt resultat når det gjelder ID-porten, enn når det gjelder Altinn. Vi er imidlertid også her åpne for at det kan være særlige forhold ved ID-porten som gir en trygghet eller andre fortrinn som ikke kan forventes produsert i en markeds kontekst, men dette må i så fall underbygges konkret.

Som med Altinn mener vi at et eventuelt utvidet privat tilbud med denne begrunnelsen bør notifiseres til ESA for forhåndsgodkjenning, da det antakelig vil være stor usikkerhet beheftet med konklusjonen.

Alternativet er at ID-porten tilbys i markedet etter prisingsprinsipper som sikrer at tjenesten ikke mottar statsstøtte. Vi viser til gjennomgangen i punkt 5.3.2 og 5.3.4.2.

5.7 Maskinporten

Maskinporten ble lansert i 2019 og er således en relativt ny løsning. Vi har ikke fått informasjon om at Maskinporten har mottatt henvendelser om privat bruk.

Slik vi oppfatter løsningen, gir den en enklere autentisering og tilgangskontroll mellom maskiner. Det synes å være en forutsetning at minst en av partene i en slik datautveksling er en offentlig bruker. Maskinporten er et tillitsanker og vi oppfatter at den har medført store forenklinger i forbindelse med komplekse datautvekslinger.

Så lenge Maskinporten benyttes ved datautveksling der minst en av partene tilhører det offentlige, antar vi at man i hvert fall i langt de fleste tilfeller vil være i en situasjon der bruken har tilknytning til

⁹⁴ <https://www.signicat.com/en>

⁹⁵ <https://signant.no/>

offentlig myndighetsutøvelse. NAV-eksempelet, der et forsikringssselskap for å kunne utbetale erstatning kan ha behov for bestemte type informasjon om en person som har fått innvilget uføretrygd, er et godt eksempel. I likhet med ved Samtykkebasert lånesøknad som vi har drøftet ovenfor, sitter det offentlige (NAV) her på informasjon som en privat part (forsikringssselskapet) har krav på å få. Samtidig er forvaltningen underlagt strenge krav til korrekt behandling av taushetsbelagt informasjon og sensitive helseopplysninger. Selv om NAV ikke har noen direkte interesse i at forsikringssselskapet kan verifisere grunnlaget for utbetaling av erstatning til sikrede, bidrar løsningen til at forvaltningen på en enklere måte kan bistå individer og næringsliv med å få tak i informasjon de har krav på fra forvaltningen (vi forutsetter her at det foreligger hjemmel for utlevering av opplysningene). Bruk av Maskinporten i en slik situasjon må derfor anses knyttet til offentlig myndighetsutøvelse. Vi antar at de aller fleste situasjoner der maskinporten benyttes i dag, er av denne typen. Dersom det offentlige i enkelttilfeller benytter Maskinporten i andre sammenhenger (for eksempel hvis det offentlige skal selge et kontorbygg det ikke lenger er behov for), vil antakelig slik bruk kunne anses uløselig knyttet til den bruken som er knyttet til offentlig myndighetsutøvelse, fordi det hadde vært upraktisk å skille dette. Kjerneområdet for bruk av Maskinporten er derfor antakelig statsstøtterettslig uproblematisk i den forstand at verken Digdir eller tjenesteeier blir å anse som *foretak* som følge av bruken.

Vi forutsetter videre at man opererer med transparente og ikke-diskriminerende vilkår når det gjelder hvilke private parter bruken kan rette seg mot, slik at det ikke er nevneverdig risiko for statsstøtte til private aktører man utveksler data med.

En utvidet bruk av Maskinporten, i den forstand at ulike private virksomheter gis mulighet til å benytte den uten at dette har tilknytning til datautveksling med en offentlig myndighet, vil trolig støte på de samme problemstillingene som for de andre felleskomponentene. Vi forstår riktignok at funksjonen som tillitsanker er særlig fremtredende når det gjelder Maskinporten, og det er et mulig argument at det gir en særlig trygghet når denne rollen fylles av det offentlige. I forlengelsen av dette ville det muligens kunne argumenteres for at bruk av Maskinporten *generelt* er forbundet med offentlig myndighetsutøvelse. Etter vårt syn er det neppe dekning for et slikt argument, i hvert fall ikke uten at man særskilt godtgjør et spesielt behov for at en offentlig aktør har denne rollen. Dette skyldes bl.a. at rollen som tillitsanker i andre sammenhenger fylles av private aktører, bl.a. de private eIDene. Det fremstår noe forsert å argumentere med at denne rollen for den typen operasjoner som finner sted i Maskinporten bare kan utføres av en offentlig aktør eller at en offentlig aktør vil gi en betydelig bedre tjeneste.

En eventuell generell, utvidet bruk av maskinporten, må derfor eventuelt begrunnes på samme måte som med de øvrige felleskomponentene. Vi viser til drøftelsene knyttet til Altinn og ID-porten.

5.8 Kontakt- og reservasjonsregisteret

5.8.1 Faktisk bakgrunn

Kontakt og reservasjonsregisteret (KRR) er den eneste av felleskomponentene som i dag er forskriftsregulert. Som beskrevet i kapittel 8 nedenfor, bygger behandlingen av personopplysninger på bestemmelser i forvaltningsloven § 15 a og eForvaltningsforskriften kapittel 7. Forskriftens § 31 angir eksplisitt at register over digital kontaktinformasjon, uten samtykke fra den registrerte, kan inneholde nærmere angitte opplysninger. Digital kommunikasjon er hovedregelen, men innbygger har rett til å reservere seg mot å få vedtak og andre viktige meddelelser digitalt, jf. eForvaltningsforskriften § 9.

KRR har mottatt enkelte henvendelser fra private aktører som ønsker tilgang til registeret. Storebrand forsikring har ønsket tilgang i forbindelse med uførepensjon, og enkelte private pensjonsforetak har ønsket generell tilgang for å kunne få kontakt med personer de ikke har noe direkte kundeforhold til. Forespørselene har vært avslått. KRR har dermed til nå ikke vært benyttet utenfor rammen av offentlig forvaltning.

Det attraktive med KRR er etter det vi har fått opplyst datakvaliteten, som følge av jevnlige bekreftelser fra den registrerte.

5.8.2 Statsstøtterettslig vurdering

En eventuell bruk rettet mot private virksomheter må også for KRRs del ta utgangspunkt i om et slik tilbud er forbundet med utøvelse av offentlig myndighet. Det kan absolutt tenkes at visse typer bruk utenfor de enhetene som i dag har tilgang, også blant aktører som i utgangspunktet må anses som foretak, kan anses å understøtte ulike former for offentlig myndighetsutøvelse. Et eksempel her er bruken av registeret i forbindelse med Digitalt nabovarsel, omtalt ovenfor. Når det gjelder de henvendelsene som er kommet fra Storebrand og private pensjonsaktører, vurderer vi imidlertid at man temmelig raskt kan avvise sammenheng med myndighetsutøvelse. Dette synes å være fullt og helt knyttet til virksomhetenes kommersielle interesser, selv om det i og for seg også kan være til fordel for potensielle kunder (de registrerte).

En tilleggskomplikasjon når det gjelder KRR, er imidlertid at utvidet bruk også forutsetter forskriftsendring og for øvrig må vurderes opp mot de skranker som følger av personopplysningsretten se kapittel 8. For øvrig er det etter vår oppfatning også problematisk å hevde at utvidet bruk er forbundet med offentlig myndighetsutøvelse, ettersom det strider mot eforvaltningsforskriften, dvs. mot offentligrettslig regelverk. Problemstillingen blir uansett teoretisk, da slik bruk i dag ikke er rettslig mulig.

Dersom man skulle åpne for utvidet bruk i forskriftsverket, oppstår derimot nye spørsmål. Ved en slik utvidelse blir det nødvendig å ta stilling til om det er en offentlig kjerneoppgave, eller forbundet med utøvelse offentlig myndighet, å drive et kontakt- og reservasjonsregister som kan benyttes av næringslivet generelt.

Dersom det nødvendige rammeverket er på plass, er vi tilbøyelige til å mene at opprettelse og drift av et slikt register i medhold av prinsippene i *Compass Datenbank* og *TenderNed* kan være en offentlig kjerneoppgave eller forbundet med dette. Det kan ikke ses bort fra at det ville vært mulig for private å etablere noe tilsvarende, men ved drift av denne typen sentrale register kan det av hensyn til sikkerhet, personvern og tillit være gode grunner for at et offentlig register vil få større oppslutning og oppfattes som tryggere i befolkningen generelt. At sentrale databaser kan være en offentlig kjerneoppgave kan også anses bekreftet i *Compass Datenbank*, selv om dette gjaldt et lovpålagt foretaksregister.

Vi antar derfor at staten vil kunne drive et utvidet Kontakt- og reservasjonsregister, som også private kan få tilgang til, som ikke-økonomisk virksomhet. Så lenge tilgang da sikres på objektive og ikke-diskriminerende vilkår, bør ikke dette reise statsstøtterettslige problemstillinger. Utvidelsen må skje i henhold til personvernlovgivningen, jf. kapittel 8.

6 FORHOLDET TIL KONKURRANSEREGLENE

Departementet har som ledd i oppdraget også bedt Wikborg Rein utrede eventuelle konkurranserettslige begrensninger i handlingsrommet for å private tilgang til offentlige felleskomponenter. Også konkurransereglene gjelder først dersom staten anses som et "foretak" ved tilbud om bruk av felleskomponentene. Foretaksbegrepet er det samme i statsstøtte- og konkurranseretten.⁹⁶ Så lenge staten opptrer som ikke økonomisk aktør, vil eventuell konkurransevidning for eksempel som følge av diskriminering mellom ulike brukere ikke rammes av konkurransereglene.

I lys av drøftelsene ovenfor, innebærer dette at Digdir/tjenesteeier ved svært mye av virksomheten knyttet til felleskomponentene *ikke* vil være underlagt konkurransereglene. Konkurransereglene har ingen parallell til den statsstøtterettslige problemstillingen knyttet til støtte som følge av diskriminering/særbehandling, også der Digdir/tjenesteeier *ikke* opptrer som foretak. Konkurransetilsynet har myndighet til å påpeke konkurransevidende effekter av offentlige reguleringer (jf. konkurranseloven § 9e), men denne muligheten er lite brukt og har ikke direkte rettslige konsekvenser. Det er også et avgjørende poeng at staten ikke opptrer som foretak ved innkjøp av varer og tjenester, med mindre de aktuelle varer og tjenester skal benyttes i en økonomisk aktivitet. Dette innebærer at vilkår og handlinger i forbindelse med statlige innkjøpsprosesser, for eksempel eksklusivitetsvilkår i en innkjøpsavtale, ikke vil rammes av konkurranseloven, selv om staten kan være en svært stor kjøper og ville ha vært ansett dominerende dersom den hadde opptrådt som foretak.⁹⁷

Videre vil konkurransereglene på dette området til en viss grad overlappe med statsstøtterettslige skranker for prising og likebehandling. De statsstøtterettslige prinsippene, gjennomgått foran, er gjennomgående strengere enn inngrepsgrunnlagene i konkurranseretten, slik at statsstøttereglene vil være førende for det offentliges juridiske handlingsrom. Presentasjonen av de konkurranserettslige begrensningene er derfor relativt overflatisk. Det fremstår lite sannsynlig at det offentlige vil etablere sluttbrukertjenester i konkurranse med private aktører. I det følgende behandles derfor bare såkalte vertikale samarbeid, det vil si avtaler mellom aktører som er til stede på ulike trinn i omsetningskjeden, og som har et mindre konkurranseskadelig potensiale sammenlignet med samarbeid mellom konkurrenter.

De sentrale bestemmelsene i konkurranseloven er forbudene mot konkurransebegrensende samarbeid, jf. § 10, og misbruk av dominerende stilling, jf. § 11. Begge bestemmelser får virkning på såkalt vertikale forhold, dvs. avtaler mellom ikke-konkurrenter. Dette innebærer at Digdir/tjenesteeier må unngå samarbeid og ensidig atferd som kan ha utestengende virkninger på konkurrerende tjenester, for eksempel gjennom rovprising, eksklusivitet, lojalitetsrabatter, lange bindingstider mv. Bestemmelsene innebærer også at en må unngå å forskjellsbehandle mellom private på en måte som kan vri eller begrense konkurransen i nedstrømsmarkedet.

Vi har ikke forutsetning for å for å foreta noen markedsavgrensning, og dermed for å fastslå om felleskomponentene ville kunne være dominerende på noe marked, slik at forbudet mot misbruk av dominerende stilling ville komme til anvendelse. I lys av argumentasjonen rundt nytteverdien av utvidet privat bruk, kan man imidlertid anta at felleskomponentene i det offentliges digitale

⁹⁶ Se bl.a. Generaladvokat Poiares Maduros uttalelse i sak C-205/03 P *FENIN*

⁹⁷ C-205/03 P *FENIN*

infrastruktur i en del sammenhenger vil ha få eller ingen konkurrenter. Dette er en nærliggende følge av at felleskomponentene er utviklet for å dekke en i utgangspunktet offentlig oppgave eller tjeneste. Gjennom ivaretagelsen av offentlige oppgaver eller tjenester vil felleskomponentene videre ha opparbeidet seg en stor brukermasse. Uten å ta stilling til markedsavgrensningen kan vi derfor legge til grunn at det er en risiko for at Digdir kan ha en dominerende posisjon når felleskomponentene tilbys i markedet, hvilket innebærer at det hviler et forholdsvis strengt ansvar på tilbyderer om å ivareta konkurransen i det relevante markedet.

Dette særlige ansvaret setter enkelte begrensninger i hvordan det offentlige kan opptre i markedet, og etter vår oppfatning vil følgende begrensninger være særlig relevante:

- Eneleverandørbetingelser: Betingelser om eneleverandørstatus eller eksklusivitet vil ofte anses å ha utestengende virkninger på like effektive konkurrenter, og som et misbruk av dominans i henhold til konkurranseloven § 11, med mindre konkurrentene er i posisjon til å konkurrere på like vilkår om hele leveransen. Flere konkurransemyndigheter er av den oppfatning at en betingelse om å være eneleverandør i seg vil være en overtredelse av konkurranseloven § 11.⁹⁸ På bakgrunn av felleskomponentenes antatte posisjon i markedet bør kundene derfor ha anledning til også å benytte andre leverandører. Tilsvarende gjelder for andre betingelser som i praksis vil innebære status som eneleverandør, for eksempel volumforpliktelser.
- Eksklusivitets- og lojalitetsrabatter: Eksklusivitets- og lojalitetsrabatter kan være utestengende, og i strid med konkurranseloven § 11, dersom rabatten innebærer at like effektive konkurrenter ikke klarer å kompensere for bortfallet av rabatten uten selv å selge med tap. Dette innebærer at det offentlige bør være forsiktige med å benytte eksklusivitetsrabatter eller retroaktive rabatter, hvor rabatten får virkning for hele volumet dersom et konkret salgsmål oppnås.
- Varighet: Avtalens varighet kan ha utestengende virkninger for felleskomponentenes konkurrenter, særlig hvor det dreier seg om tjenester der det ikke er aktuelt for kundene å inngå flere parallelle avtaler av blant annet kostnads- eller kapasitetsgrunner. Varigheten til avtalene bør derfor begrenses til det som er nødvendig for å rettferdiggjøre investeringene og eventuelt ha en kort oppsigelsestid. Man bør ha en svært god grunn for å inngå avtaler med en varighet på mer enn fem år.
- Rovprising: Dominerende foretak er forhindret fra å selge produkter under sine gjennomsnittlige variable kostnader eller gjennomsnittlige unngåelige kostnader.⁹⁹ Kostnadsmålene vil ofte være sammenfallende. Videre vil de etter vår oppfatning ha liten praktisk betydning ved siden av bestemmelsene som følger av statsstøttereglene siden statsstøttereglene er strengere enn det som følger av praksis om rovprising. Også dersom prisen settes til merkostnaden pluss en rimelig fortjeneste, vil konkurranseretten neppe ha en selvstendig betydning som skranke da foretaket i et slikt tilfelle ikke lider et økonomisk tap som kunne vært unngått. Et viktig unntak er imidlertid dersom det dominerende foretaket har

⁹⁸ Se for eksempel Godik-vedtaket fra det danske Konkurrencerådet.

⁹⁹ Se Europakommisjonens prioriteringsmeddelelse, avsnitt 27 og 64 til 66. Tilgjengelig her [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)

en konkurransebegrensende hensikt, da vil det være nok at foretaket har priset under gjennomsnittlige totale kostnader eller 'long-run incremental cost'.

- Diskriminering: Endelig kan forskjellsbehandling av like kunder være konkurransebegrensende i henhold til konkurranseloven §§ 10 og 11. I henhold til EU-domstolens avgjørelse i MEO skal det en del til før en slik forskjellsbehandling kan anses å ha konkurransebegrensende virkninger i nedstrømsmarkedet.¹⁰⁰ Vi forventer imidlertid at flere offentlige felleskomponenter vil være av en såpass sentral betydning for tjenesteutviklingen blant de private aktørene, at det lett kan ha konkurransevridende virkninger dersom de private aktørene forskjellsbehandles. Hensynet til likebehandling er også sentralt for de statsstøtterettslige vurderingene.

7 FORHOLDET TIL REGLENE OM OFFENTLIGE ANSKAFFELSER

7.1 Innledning

Digitaliseringsdirektoratets leveranser av offentlige felleskomponenter er regulert slik at offentlige virksomheter som bruker løsningene har et kontraktsforhold til Digitaliseringsdirektoratet. Det samme vil gjelde private virksomheter som eventuelt skal bruke løsningene. At nye brukergrupper nyttiggjør seg løsningene innebærer ikke at de får et kontraktsforhold til Digitaliseringsdirektoratets leverandører.

De offentlige felleskomponentene driftes og utvikles i noen utstrekning av Digitaliseringsdirektoratet selv og for noe kjøpes det drifts- og utviklingstjenester. Når Digitaliseringsdirektoratet kjøper tjenester er man underlagt regelverket om offentlige anskaffelser.

At nye brukere tar i bruk felleskomponentene vil kunne føre til økt bruk av felleskomponentene i form av en økning av eksempelvis antall autentiseringer. Det vil da være en ren kvantitativ økning hvor man fra leverandørens ståsted bare vil levere mer av akkurat det samme. Hvis det er behov for bistand til å sette opp bruk av felleskomponenten for en privat aktør, vil det være mer synlig for leverandøren at man leverer tjenester for at Digitaliseringsdirektoratet skal betjene private virksomheter, men hvis den samme bistanden er nødvendig for å sette opp løsningen for en ny type offentlig bruk, vil det også egentlig være en ren kvantitativ økning. Ved behov for mer skreddersøm vil man, så lenge det er innenfor kompetanseområdet og metodikken omfattet av eksisterende avtale med den aktuelle konsulenten, også egentlig kunne se på det som en kvantitativ økning. Dersom det er behov for en annen og ny type bistand, f.eks. en ny type kompetanse, vil det derimot kunne være tale om en kvalitativ endring.

Dersom det skjer en endring, kvantitativt eller kvalitativt, må det vurderes om dette innebærer en vesentlig endring av kontrakten, i strid med reglene i anskaffelsesforskriften ("FOA") kapittel 28. Vi drøfter dette i avsnitt 7.3 nedenfor.

Ved gjennomføring av nye anskaffelser vil Digitaliseringsdirektoratet i konkurransedokumentene kunne ta høyde for at løsningen også skal benyttes av private, slik at det ikke senere oppstår vesentlige

¹⁰⁰ Sak C-525/16, MEO

endringer. I en slik situasjon er det visse krav til klarhet ved beskrivelsen av hva kontrakten kan komme til å omfatte. Vi drøfter dette i avsnitt 7.4 nedenfor.

Når Digitaliseringsdirektoratet inngår en avtale med et annet offentlig organ kan det være en kontrakt som er omfattet av regelverket for offentlige anskaffelser. Når en offentlig aktør leverer en tjeneste til en annen mot vederlag, vil det i utgangspunktet være en anskaffelse. Hvis den ene leverer en tjeneste til den andre mot at den andre yter en annen tjeneste til gjengjeld, vil det også kunne være offentlige anskaffelse hvor hver av de offentlige aktørene anskaffer en tjeneste med uvanlig betalingsmiddel. Anskaffelsesregelverket har imidlertid unntak for offentlig-offentlig samarbeid. Hvis to offentlige organer samarbeider om å dekke et felles behov ved at hver av dem bidrar på sin måte inn i samarbeidet, vil et slikt samarbeid kunne være unntatt anskaffelsesregelverket.

Dersom Digitaliseringsdirektoratet inngår et samarbeid med en privat aktør hvor Digitaliseringsdirektoratet yter noe inn i samarbeidet og den private yter noe annet inn i samarbeidet, og Digitaliseringsdirektoratet derigjennom får levert en tjeneste fra den private, så kan det oppstå situasjoner hvor samarbeidet kan bli rettslig karakterisert som en offentlige anskaffelse hvor Digitaliseringsdirektoratet får en tjeneste betalt med et uvanlig betalingsmiddel. Vi drøfter dette i avsnitt 7.5 nedenfor.

I avsnitt 7.6 og 7.7 foretar vi konkrete vurderinger av kontraktene for Altinn og ID-porten/Maskinporten/Kontakt- og reservasjonsregisteret.

Før dette kommer vi med en kort oppsummering av våre konklusjoner og råd i punkt 7.2.

7.2 Oppsummering av konklusjoner og råd

I de kontraktene vi har vurdert (drifts-, forvaltnings- og utviklingskontraktene for Altinn og ID-porten/Maskinporten/Kontakt- og reservasjonsregisteret) kan vi ikke se at det er anskaffelsesrettslig adgang til en omfattende utvidelse av bruken av løsningene for private. Alle de eksisterende kontraktene er imidlertid i ferd med å løpe ut. I de nye anskaffelsene er det full anskaffelsesrettslig adgang til å sørge for at Digitaliseringsdirektoratet kan benytte kontraktene for å levere de offentlige felleskomponentene også til private. Dette må tydelig fremgå av kunngjøring og konkurransedokumenter og man må ta høyde for dette ved anslag på kontraktsverdi og ved evalueringen av tilbudene.

I en overgangsperiode mens man forbereder og gjennomfører nye anskaffelser er det etter vår vurdering en mulighet for å starte en begrenset utviklingen med åpning av løsningen for private. Det er en begrensning på hvor stor en slik samlet økning kan være. Det avgjørende er hvor stort ressurspådrag hos Digitaliseringsdirektoratets leverandører den enkelte tjeneste vil skape. Ved spørsmålet om man skal åpne for en privat tjeneste må det dermed lages et estimat for dette og i forlengelsen må det vurderes i hvilken grad det å åpne for en tjeneste vil blokkere for andre ønskede tiltak så lenge de eksisterende kontraktene løper.

7.3 **Hvorvidt private virksomheters bruk av felleskomponentene utgjør en vesentlig endring**

7.3.1 *Oversikt*

Anskaffelsesregelverket kommer til anvendelse når en oppdragsgiver underlagt regelverket skal foreta en anskaffelse. Når noe blir levert under en kontrakt som allerede er inngått skjer det ikke en ny anskaffelse. Dersom det oppdragsgiver får levert ligger utenfor det man anskaffelsesrettslig lovlig kunne kjøpe under kontrakten foretar oppdragsgiver en ulovlig direkteanskaffelse dersom det man kjøper skulle skjedd gjennom en kunngjort anskaffelse.

For å vurdere om noe ligger innenfor kontrakten må man først tolke kontrakten. Dersom det man skal kjøpe i utgangspunktet ligger utenfor kontrakten, er det et spørsmål om man kan foreta en lovlig endring.

Vi vil i det følgende redegjøre for de anskaffelsesrettslige krav og utgangspunkter når det gjelder endringer. Den konkrete vurderingen av endringsadgangen under eksisterende kontrakter/anskaffelser for de offentlige felleskomponentene, følger i punkt 7.6 til 7.7 nedenfor.

Adgangen til å foreta endringer er regulert i forskrift om offentlige anskaffelser §§ 28-1 og 28-2. Bestemmelsene gjennomfører direktiv 2014/24/EU artikkel 72. Direktivbestemmelsen er i stor grad en kodifisering av praksis fra EU-domstolen med noen tilpasninger. Hvilke endringer som lovlig kan foretas har dermed et EØS-rettslig rettskildebilde.

Forskriften § 28-1 oppstiller i bokstav a-e noen typetilfeller av endringer som er tillatt. For endringer som ikke faller inn under et av disse typetilfellene angir bokstav f at en endring kan være lovlig etter en konkret vurdering ut fra momentene angitt i § 28-2, de såkalte Pressetext-kriteriene.

Forskriften § 28-1 bokstav e regulerer endringer av leverandøren, eksempelvis der leverandøren går konkurs eller fusjonerer, og er ikke aktuell som grunnlag for en endring av kontrakten til å omfatte bruk av private aktører. Vi gjennomgår de øvrige alternativene nedenfor.

7.3.2 *Endringsbestemmelser i kontraktene*

Forskriften § 28-1 bokstav a gir anskaffelsesrettslig adgang til å foreta endringer i tråd med endringsbestemmelser i inngåtte kontrakter. Endringsbestemmelsene må oppfylle krav etter forskriften § 19-1 (2). Endringsklausulene skal angis i anskaffelsesdokumentene, det skal fremgå klart hvilke endringer oppdragsgiveren kan foreta, i hvilket omfang og på hvilke vilkår. Som vi vil gjennomgå konkret i punktene 7.6 til 7.7 nedenfor er det i kontraktene Digitaliseringsdirektoratet har for å drifte, forvalte og utvikle felleskomponentene ikke endringsklausuler som åpner for at private brukere kan benytte løsningene.

Spørsmålet om en endring anskaffelsesrettslig kan begrunnes som lovlig ved at den skjer i tråd med en endringsbestemmelse som oppfyller vilkårene i forskriften § 28-1 bokstav a, er et annet spørsmål enn om oppdragsgiver kontraktsrettslig kan kreve en endring fra leverandøren. I mange tilfeller vil oppdragsgiver etter kontrakten kunne kreve en endring uten at endringsklausulen tilfredsstiller de anskaffelsesrettslige kravene. I tilfeller hvor oppdragsgiver kontraktsrettslig kan kreve en endring, uten at endringsklausulen oppfyller kravene i forskriften § 28-1 bokstav a, må man vurdere om endringen kan forankres i andre reguleringer av når en endring anskaffelsesrettslig er lovlig. Hvis ikke det er mulig vil endringen anskaffelsesrettslig være ulovlig.

Selv om kontrakten ikke inneholder en rett for Digitaliseringsdirektoratet til å pålegge en endring, kan oppdragsgiver og leverandøren bli enige om en endring. Også en slik endring kan være anskaffelsesrettslig lovlig. Dersom leverandøren imidlertid krever å få levere f.eks. et tilleggsvolum på andre vilkår enn det som følger av kontrakten, så kan det, avhengig av hjemmelen for endringen, være til hinder for at endringen anskaffelsesrettslig er lovlig.

7.3.3 Mindre endringer

Bokstav b gir en adgang til å foreta endringer såfremt prisøkninger er lavere enn både EØS-terskelverdien (NOK 1,3 mill) og 10 % av kontraktsverdien. Dette forutsetter at anskaffelsens overordnede karakter ikke endres. Dersom det gjøres flere endringer skal endringene sees sammen. Det er i juridisk teori lagt til grunn at det skal gjøres en nettoverdiregning dersom det også har vært endringer som reduserer omfanget.

Bestemmelsen gir begrenset økonomisk handlingsrom for å gjøre endringer. Når det gjelder felleskomponentene, kan man imidlertid se for seg at bestemmelsen kan anvendes eksempelvis i en kort overgangsperiode frem til en ny kontrakt trer i kraft hvor man ønsker å gi private tilgang til felleskomponentene. Selv om man er under verdigrensen er det et krav at den overordnede karakteren ikke endres. Det følger av direktivet at begrensningen til "overordnede karakter" er videre enn det som ligger i en vurdering etter Presstext-kriteriene, som vi gjennomgår nedenfor. Begrensningen ligger primært i at man kan ikke kjøpe noe som ville ha gjort at et annet leverandørmarked ville ha deltatt i anskaffelsen. Så lenge man kjøper mer av det samme for å betjene private brukere mener vi at man ikke vil endre den overordnede karakter.

7.3.4 Nødvendige tilleggsleveranser

Bokstav c gir anledning til å gjøre endringer som gjelder nødvendige tilleggsleveranser som ikke inngikk i den opprinnelige kontrakten. Vilårene er at skifte av leverandør ikke kan skje av tekniske eller økonomiske grunner for eksempel fordi tilleggsleveransene må kunne være kompatible med eksisterende utstyr, software, tjenester eller installasjoner. Skifte av leverandør må føre til betydelige vanskeligheter eller vesentlige ekstrakostnader. Endringen kan ikke føre til en større økning enn 50 % i den opprinnelige kontraktsverdien. I en situasjon hvor en felleskomponent driftes av leverandør i et miljø hos leverandøren, kan man se for seg at det er teknisk svært utfordrende og økonomisk svært lite lukrativt dersom det skal etableres et sekundært miljø hos en ny leverandør som skal levere den samme felleskomponenten til private brukere. Motsatt for videreutvikling, særlig der det skjer som konsulentbistand på timebasis under kundens ledelse, vil endringer forankret i denne bestemmelsen ikke være aktuelle da man allerede har parallelle avtaler om dette og kjøper bistand ut fra kompetanse, tilgjengelighet og pris.

Endringer kan gjøres etter bokstav c dersom de er nødvendig. I anskaffelsesdirektivet (2014/24/EU) fortale premiss 108 sies det om bestemmelsen:

"Contracting authorities may be faced with situations where additional works, supplies or services become necessary; in such cases a modification of the initial contract without a new procurement procedure may be justified, in particular where the additional deliveries are intended either as a partial replacements or as the extension of existing services, supplies or installations where a change of supplier would oblige the contracting authority to acquire material, works or services having different technical characteristics which would result in incompatibility or disproportionate technical difficulties in operation and maintenance."

Om dette vilkåret skriver departementet i veilederen: *"I vurderingen av hva som kan anses som en nødvendig tilleggsleveranse gjelder et grunnleggende krav om at kontraktens hovedytelse vil fremstå som ufullstendig dersom tilleggsleveransen ikke finner sted. Oppdragsgiveren er således avskåret fra å bestille tilleggsleveranser dersom han for eksempel bare har skiftet mening om den tekniske løsningen som ble beskrevet i den opprinnelige konkurransen."*

Tolkningen om når noe er "nødvendig" innebærer at "kontraktens hovedytelse vil fremstå som ufullstendig dersom tilleggsleveransen ikke finner sted" synes å være hentet fra danske forarbeider til implementeringen av direktivet i dansk rett. Hvis man legger denne tolkningen til grunn vil bokstav c ikke kunne gi grunnlag for å endre kontraktene om de offentlige felleskomponentene til også å gjelde bruk fra private aktører. Det er ikke åpenbart for oss at dette er en riktig tolkning. Vi forstår at bokstav c kommer til anvendelse der det klart ikke er hensiktsmessig å skulle ha en åpen konkurranse. Gitt rettskildebildet slik det nå er, så vil det imidlertid innebære en risiko å påberope at bokstav c gir grunnlag for å endre kontraktene til også å omfatte bruk av private aktører gitt at også de øvrige vilkårene er oppfylt.

7.3.5 Uforutsette omstendigheter

Bokstav d gjelder endringer som er nødvendige som følge av omstendigheter som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse. Det er lagt til grunn at det ikke stilles veldig høye krav til oppdragsgivers aktsomhet. Behovet må imidlertid skyldes ytre omstendigheter. Digitaliseringsdirektoratet vil bli identifisert med Departement og Storting. Man har ved gjennomføring av de aktuelle anskaffelsene vært bevisst på at avgrensningen til felleskomponentene var for offentlig bruk. At det er et politisk ønske om å endre på dette utgjør ikke en omstendighet som en aktsom oppdragsgiver ikke kunne forutse etter bokstav d.

7.3.6 Helhetlig vurdering

Dersom ingen av spesialreglene i forskriften § 28-1 bokstav a-e er anvendelige, må det foretas en konkret vurdering etter de såkalte Presetext-kriteriene angitt i § 28-2. Disse er om endringen:

- "a) gjelder nye betingelser som, dersom de hadde vært en del av den opprinnelige konkurransen, ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør,*
- b) endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren,*
- c) utvider kontraktens omfang betydelig eller*
- d) gjelder skifte av leverandøren i andre tilfeller enn dem som er nevnt i § 28-1 første ledd bokstav e."*

Det første Presetext-kriteriet, regulert i bokstav a, er om endringen dersom den var kjent på anskaffelsestidspunktet ville kunne påvirket hvem som deltok i anskaffelsen eller utfallet av anskaffelsen. Om endringen kunne påvirket hvem som deltok er en hypotetisk vurdering ut fra det konkrete markedet. Dersom oppdragsgiver kjøper mer av det samme, vil ikke endringen av hva man får levert nødvendigvis påvirke deltagerinteressen, men forventet volum kan være relevant, f.eks. dersom markedet er slik at ulike leverandører betjener kunder av ulik størrelse. Det forutsetter også at endringen i kontraktsvolum er slik at det faktisk påvirker hvem som ville kunne deltatt. I noen markeder kan det være slik at hvem løsningen retter seg mot kan påvirke tilbyderkretsen. Hvis en tilbyder fokuserer på private, og dermed ikke har deltatt fordi anskaffelsen kun gjaldt tjenester til Digitaliseringsdirektoratet for å levere felleskomponenter til det offentlige, så ville det kunne ha påvirket deltagerinteressen dersom man hadde visst at det også gjaldt private brukere. Det vil særlig

være tilfellet der privat bruk av offentlige felleskomponenter negativt påvirker etterspørselen etter parallelle eller alternative løsninger for private brukere.

Om endringen ville ha påvirket utfallet, altså blant de som faktisk deltok, kan vurderes fra flere synsvinkler. En ren metode er å se på om det ville ha påvirket utfallet for tilbudene som faktisk ble inngitt ved at handlekurven for hva som skulle anskaffes ble endret. Mer riktig er nok å også se på om tilbudene kunne vært forskjellige. Å foreta en slik vurdering forutsetter en god forståelse av markedet og kunnskap om de ulike leverandørenes styrker og svakheter.

Etter forskriften § 28-2 bokstav b skal det vurderes om den økonomiske balansen påvirkes i leverandørens favør. Dette kan for det første oppstå ved at leverandøren får mer betalt for å levere samme ytelse. Så lenge det er mekanismer i kontrakten som gjør at oppdragsgiver kan bestille økt volum uten at enhetsprisene øker, eller at leverandøren aksepterer å levere økt volum til like enhetspriser, vil dette vanligvis ikke være et problem. Dersom kontraktens enhetspriser er basert på et lavere volum, vil imidlertid et høyere volum kunne hevdes å innebære at den økonomiske balansen endres ved at leverandøren får for godt betalt i form av en høyere fortjeneste enn forventet med det høyere volumet. I de aktuelle kontraktene er det konkurrert om prising basert på ulike intervaller hvor det er tatt høyde for at behovet for det offentlige kan stige. Volumet i kontraktene, for offentlig bruk, var usikre på konkurransetidspunktet og er til enhver tid avhengig av løpende etterspørsel. Så lenge prisingen skjer i tråd med dette vil den økonomiske balansen ikke påvirkes.

Det siste vilkåret, som fremgår av bokstav c, som er aktuelt for spørsmålet om å utvide bruken til private er at endringen ikke må føre til at kontraktens omfang utvides betydelig. Dette er i praksis lagt til grunn å ha både en kvalitativ og kvantitativ side. Dersom endringen kvalitativt ikke gjelder noe annet vil det være et visst rom for kvantitativ økning. I hva som tillattes av endringer må dette nødvendigvis være noe mer enn det som ligger i § 28-1 bokstav b som gjennomgått ovenfor.

I EU-domstolens avgjørelse i sak C-160/08, Kommisjonen mot Tyskland, var en kontrakt om drift av ambulansestasjoner utvidet med et nytt geografisk område. Kontrakten som totalt sett var på EUR 4,4 mill per år vokste med EUR 0,67 EUR per år. Arealet som tjenesten dekket vokste med 25 % og det økonomiske vederlaget med 15 %. Dette ble ansett å utvide kontraktens omfang betydelig.

I KOFAs avgjørelse i sak 2016/196 slo nemnda ned på en endring som utgjorde 0,7 % av kontraktens verdi, men som på grunn av kontraktens store verdi på 10 milliarder i absolutt størrelse utgjorde 73 millioner. Nemnda der la også vekt på at det var en kvalitativ endring. KOFA uttalte i premiss 37 om formålet med vilkåret:

"Formålet med dette alternativet er følgelig ikke primært å sikre likebehandling og forutberegnelighet knyttet til den opprinnelige anskaffelsen, men å sikre at etterfølgende behov for nye anskaffelser blir gjort til gjenstand for konkurranse, jf. prinsippet om at offentlige innkjøp skal være gjenstand for konkurranse."

I KOFAs avgjørelse i sak 2018/479 vurderte nemnda om en forlengelse av kontrakt ut over dens opprinnelige varighet var tillatt. Det var tale om en forlengelse som var for stor til å falle inn under bokstav b, men det var samtidig ikke en veldig stor overskridelse. Nemnda uttalte:

"(42) Klagenemnda finner for det første ikke grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har utvidet kontraktens omfang betydelig. Forlengelsen utgjør en økning av vederlaget på 6,3 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Utbetalingen på 7,4 millioner kroner

innebærer videre en begrenset overskridelse av terskelverdien i forskriften § 5-3 (2), slik den lød på tidspunktet for forlengelsen. Når det gjelder kontraktens varighet, innebærer endringen som nevnt en forlengelse på fem måneder. Kontraktens vilkår, innhold eller overordnede karakter, er ikke endret. Det er ikke grunnlag for å konstatere at innklagede, ved å forlenge avtalene med fem måneder og øke vederlaget med 6,3 prosent, har introdusert betingelser som – dersom de hadde vært en del av den kunngjorte konkurransen – «ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør», jf. C-454/06 pressetext avsnitt 35 og forskriften § 28-2 bokstav a. Det er heller ikke holdepunkter for at forlengelsen endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for den valgte leverandøren."

En begrenset utvidelse i prosent og som i begrenset grad overstiger terskelverdien for tjenester på NOK 1,3 millioner, og som kvalitativt gjelder det samme, vil ikke medføre at kontraktens omfang utvides betydelig

7.4 Krav til klarhet ved gjennomføring av nye anskaffelser

Ved inngåelse av nye kontrakter for videre drift og utvikling vil man kunne beskrive anskaffelsen slik at kontraktene anskaffelsesrettslig kan benyttes for å levere tjenester også til private. De begrensningene som eventuelt måtte følge av dagens kontrakter vil dermed kunne fjernes. Anskaffelsesregelverket oppstiller ikke noen begrensninger på hva oppdragsgiver kan definere som sitt behov og som man vil få dekket gjennom en anskaffelse.

Siden det i konkurransedokumentene tidligere har fremgått at de offentlige felleskomponentene har vært til offentlig bruk, bør det fremgå av både kunngjøring, konkurransegrunnlag og kontrakt dersom man skal åpne for privat bruk.

I en del tilfeller vil en oppdragsgiver kunne ha motforestillinger mot å være tilstrekkelig tydelig på muligheten for å hva kontraktene kan bli benyttet til å dekke. På tidspunktet hvor anskaffelsen iverksettes er det ikke klart om man vil endre bruksmønster. Dersom man har åpnet for å bruke kontraktene på en ny måte vil det kunne komme et press på å utnytte de mulighetene som er skapt. Dersom man ikke er tilstrekkelig tydelig vil man imidlertid ikke kunne utnytte kontraktene. Oppdragsgiver må tørre å skape et handlingsrom.

Som lagt til ovenfor og som vi vil gjennomgå mer grundig i punkt 7.6 og 7.7 nedenfor, forstår vi at tjenestene som leveres, og oppgavene som må løses for å levere dem, vil være de samme ved bruk hos private og hos offentlige virksomheter. Bruksmønsteret og dermed belastningen på tjenesten på ulike tider av døgnet, uken og året vil kunne være forskjellig. Det er dermed lite behov for å tilpasse kravspesifikasjonen. Det er også lite behov for å tilpasse reguleringen av pris. Vi forstår imidlertid at det vil være behov for å gjøre to tilpasninger.

Den første er at tilbyderne må gis et best mulig grunnlag for å estimere mulige konsekvenser av at fellesløsningene gjøres tilgjengelige for private. Her vil oppdragsgiver ikke nødvendigvis på tidspunktet for gjennomføringen av anskaffelsen vite hvordan dette vil påvirke bruken av felleskomponentene, primært volum og antall brukere. Man må imidlertid gi så presis informasjon som mulig og beskrive hva som er usikkert. Ved sammenligningen og evalueringen av tilbudene må man ta med i evalueringen et best mulig anslag over hvordan bruk generert av private vil påvirke volumene.

Tilsvarende for utvikling forstår vi ut fra beskrivelsene vi har fått fra Digitaliseringsdirektoratet at kompetansen man etterspør i utgangspunktet vil være den samme, selv om hva som skal utvikles vil være noe forskjellig og dermed påvirke type etterspørsel og mengde. Også her må man forsøke å gi så presis informasjon som mulig.

7.5 Samarbeid med private som innebærer ytelser fra private til Digitaliseringsdirektoratet

Lov og forskrift om offentlige anskaffelser får anvendelse dersom en oppdragsgiver underlagt regelverket inngår en gjensidig bebyrdende kontrakt. I dette ligger at kontrakten må være bindende for begge parter. Oppdragsgiver må få levert noe som utgjør en direkte økonomisk fordel.

Terskelen for at noe utgjør en kontrakt etter regelverket er ikke høy. EU-domstolen behandlet i C-796/18 Köln en sak hvor brannvesenet i Köln hadde inngått en avtale med brannvesenet i Berlin. Avtalen innebar at brannvesenet i Köln fikk en fri disposisjonsrett til programvare for innsatssatsstyring av brannstyrker som var utviklet for og eiet av brannvesenet i Berlin. Det som gjorde kontrakten gjensidig bebyrdende var at Köln som motytelse forpliktet seg til å stille til rådighet for Berlin eventuell videreutvikling. Dette var avtalt i en separat avtale. Köln hadde ingen plikt til å bidra med videreutvikling, men det ble lagt til grunn at det var høy sannsynlighet for at Köln rent faktisk ville få utviklet tilleggsmoduler. Dersom Berlin ikke fikk ta del i eventuell videreutvikling kunne Berlin si opp avtalen.

Et samarbeid mellom det offentlige og private om en IT-løsning hvor hver av partene utvikler og dekker kostnadene ved sine respektive deler kan utgjøre en kontrakt etter anskaffelsesregelverket dersom dette innebærer at oppdragsgiveren får levert en direkte økonomisk fordel. At det oppnås en samfunnsøkonomisk gevinst innenfor ansvarsområdet til oppdragsgiver er imidlertid ikke alene tilstrekkelig til at oppdragsgiveren anses å få levert en direkte økonomisk fordel såfremt ikke oppdragsgiveren selv får noe levert.

Digitaliseringsdirektoratet drifter og utvikler felleskomponentene. Til dels stilles felleskomponentene til rådighet for videreutvikling. Felleskomponenten Altinn tilbyr f.eks. et tilrettelagt utviklingsmiljø som andre (de såkalte tjenesteeierne) kan benytte for å utvikle tjenester på Altinn-plattformen. For Maskinporten tilbys det tilgang til APIer som tjenesteeiere kan benytte for integrasjon med egne tjenester.

At private benytter de utviklingsmulighetene som Digdir stiller til rådighet for å lage funksjonalitet og løsninger som bare den aktuelle private aktøren selv benytter, innebærer ikke at Digdir får levert en direkte økonomisk fordel. Dersom en privat aktør samarbeider med en offentlig aktør ved hjelp av felleskomponentene, eksempelvis forsikringsselskap og NAV, og dette innebærer at private utvikler funksjonalitet og løsninger som kommer den offentlige samarbeidsaktøren til gode, så må denne offentlige samarbeidsaktøren (f.eks. NAV) vurdere om samarbeidet utgjør en offentlig anskaffelse på deres hånd ved å undersøke om den får levert noe til seg selv. Dersom den private aktøren som en del av samarbeidet utvikler funksjonalitet og løsninger hvor det gis rettigheter til Digitaliseringsdirektoratet, må man trolig si at dette innebærer en direkte økonomisk fordel for Digitaliseringsdirektoratet.

For at anskaffelsesregelverket får anvendelse må det som beskrevet foreligge en gjensidig bebyrdende kontrakt. I avgjørelsen fra EU-domstolen gjengitt ovenfor ga brannvesenet i Berlin en rett til brannvesenet i Köln til å benytte programvare som brannvesenet i Berlin hadde rettighetene til.

Motytelsen var at brannvesenet i Köln måtte gjøre tilgjengelig videreutvikling. For programvare basert på åpen kildekode hvor det ligger i programvarelisensen at alle som ønsker kan benytte programvaren mot at de må gjøre videre

7.6 Altinn

7.6.1 Oversikt over avtaleverket

Digitaliseringsdirektoratet har 6 kontrakter med fem leverandører for levering av henholdsvis drift, forvaltning og videreutvikling av Altinn.

Drift gjøres i dag av Basefarm. Kontrakten er basert på SSA-D.

Forvaltning av løsningen er delt i to ved at Bouvet har ansvaret for informasjonsportalen. Kontrakten er basert på SSA-V og SSA-U. Accenture har ansvaret for hovedløsningen. Også denne kontrakten er basert på SSA-V og SSA-U.

For videreutvikling har Digitaliseringsdirektoratet avtaler med Accenture, Cap Gemini og Sopra Steria. Avtalene er utformet som en spesielt tilpasset rammeavtale. Avtalene har ikke endringsbestemmelser.

Digitaliseringsdirektoratet har startet en prosess for å inngå nye kontrakter for perioden fremover. Det har vært en veiledende kunngjøring og man har gjennomført anskaffelser av konsulentbistand til anskaffelsene. Strategien er at driften av Altinn skal flyttes over i sky. Digitaliseringsdirektoratet skal selv ha ansvaret for forvaltning og videreutvikling. Det skal etableres en dynamisk innkjøpsordning hvor man kjøper konsulentbistand for å bistå med forvaltningen og videreutviklingen.

De eksisterende kontraktene har mulighet for forlengelse for flere år fremover. Det er lagt opp til at nye tjenester skal driftes på ny plattform og at eksisterende tjenester gradvis skal migreres over til ny plattform. De eksisterende kontraktene vil dermed løpe videre i noen år.

7.6.2 Vurdering – ligger "privat bruk" innenfor avtaler som skal videreføres?

7.6.2.1 Gjeldende avtaler med Bouvet, Accenture, Capgemini og Sopra Steria

Eksisterende avtaler som setter Digitaliseringsdirektoratet i stand til å levere Altinn definerer hva leverandørene skal levere til Digitaliseringsdirektoratet. Dette er drift, forvaltning og videreutvikling av en IT-løsning. Det er tatt høyde for å få dekket de behov som oppstår for dette formålet. Det er inntatt prismekanismer for å ta høyde for at volumet vil variere herunder at det kan øke.

Om løsninger stilles til rådighet for offentlige eller private brukere, og om økt behov for kapasitet i driften eller videreutvikling av integrasjon skjer på grunn av behov hos offentlige eller private har i utgangspunktet ingen betydning for leverandørene. Å sette på en ekstra server og lagringsenhet i en datahall er det samme uansett så lenge disse skal utføre den samme oppgaven. En konsulenttime som forutsetter en viss kompetanse og erfaringsnivå er det samme uansett hvem som er Digitaliseringsdirektoratets bruker.

I anskaffelsesdokumentene som ligger til grunn for de eksisterende avtalene fremgår det imidlertid tydelig at Altinn er en offentlig felleskomponent som kan benyttes av statlige etater, kommuner og

fylkeskommuner, samt andre offentlige virksomheter. Det er inntatt i dokumentene en presis definisjon på hva som er en offentlig virksomhet.

Selv om det er tale om å levere mer av det samme, mener vi dermed at kontraktene slik de ble inngått ikke omfatter leveranse av tjenester for å gi Digitaliseringsdirektoratet mulighet for å levere tjenester til private. Det er dermed spørsmål om det kan foretas en lovlig endring i kontraktene som gir mulighet til å anskaffe dette.

Så vidt vi kan se av de avtalene vi har fått fremlagt har de eksisterende avtalene Digitaliseringsdirektoratet har for å produsere Altinn ikke endringsklausuler som anskaffelsesrettslig gir en mulighet i seg selv til å åpne opp for at løsningen benyttes av private. En endring kan dermed ikke forankres i forskriften § 28-1 bokstav a.

På tidspunktet for gjennomføring av anskaffelsen som ligger til grunn for disse kontraktene var det totale årlige volumet beregnet til NOK 93-124 millioner. Dette var forventet å fordele seg slik:

A. Drift av hele løsningen	35-45
B. Forvaltning Altinn Informasjonsportal	3-4
C. Forvaltning av Altinn – løsningen forøvrig	35-45
D. Videreutvikling av Altinn – løsningen for øvrig	20-30

Kontraktene er dermed av en slik størrelse at adgangen etter § 28-1 bokstav b til å anskaffe tillegg på inntil 10 %, så lenge det er under terskelverdien på NOK 1,3 millioner, gjør at man med unntak for delavtale B forvaltning Altinn informasjonsportal kan utnytte fulle NOK 1,3 millioner. Denne vurderingen forstår vi at skal foretas per kontrakt.

Etter § 28-2, jf. § 28-1 bokstav f, kan en endring være tillatt etter en konkret vurdering etter de såkalte Presstext-kriteriene. Som drøftet generelt er det tre kriterier:

- Bokstav a: Endringen må dersom den hadde vært gjort på anskaffelsestidspunktet ikke ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at andre kunne ha vunnet.
- Bokstav b: Endringen må ikke endre kontraktens økonomiske balanse til fordel for leverandøren
- Bokstav c: Endringen må ikke utvide kontraktens omfang betydelig

Etter vår vurdering vil utvidelse til privat bruk ikke kunne ha påvirket hvem som deltok i den opprinnelige anskaffelsen. Vi kan ikke se at andre driftsleverandører skulle ha meldt seg. Vi kan heller vanskelig se at andre forvaltningsleverandører eller videreutviklingsleverandører skulle ha meldt seg.

Altinn har et varierende bruksmønster gjennom året. Det er særlig behov knyttet til Skatteetaten som skaper toppene i behov for kapasitet. Fordi Basefarm drifter løsningen som en on premise leveranse er det disse toppene som er dimensjonerende. Skatteetaten er nå i ferd med å ikke benytte Altinn til selvangivelsen. Det gjør at volumet er på vei nedover. Vi har fått opplyst at dette gjør at man har tatt ned kapasitet i løsningen og i forlengelsen at inntjeningen til både driftsleverandøren Basefarm og forvaltningsleverandøren Accenture er på vei nedover.

Om det kommer inn noe volum gjennom privat bruk til erstatning for dette, vil det innebære at volumet forespeilet i konkurransegrunnlaget opprettholdes. Som nevnt ovenfor forstår vi at behovet for kompetanse og oppgavene til eventuell videreutvikling ikke vil være forskjellig ved at løsningen gjøres tilgjengelig for privat bruk. Vi kan dermed ikke se at dette skulle påvirke utfallet av konkurransen.

Så lenge leveransene fra leverandørene til Digitaliseringsdirektoratet skjer i henhold til prismekanismene i avtalene og volumet kommer til erstatning for mindre volum fra offentlige brukere påvirkes ikke den økonomiske balansen, se forskriften § 28-2 bokstav b.

Det utfordrende vilkåret er om åpning for at Digitaliseringsdirektoratet bruker leveransene for å stille Altinn tilgjengelig for privat bruk fører til at dette "utvider kontraktens omfang betydelig", se forskriften § 28-2 bokstav c. Konkurransedokumentene i anskaffelsen er helt tydelig på at Altinn er for offentlig bruk. Dette sies gjentatte ganger i dokumentene. Det er ikke i noen form antydning at det kan bli aktuelt at Altinn stilles til rådighet for privat bruk. Etter vår vurdering må dette forstås slik at en storstilt betingelsesløs generell åpning for at løsningen stilles til rådighet for private er problematisk. Det er imidlertid ikke et helt svart hvitt "enten eller" spørsmål.

I KOFAs avgjørelse i sak 2018/479 vurderte nemnda om en forlengelse av kontrakt ut over dens opprinnelige varighet var tillatt. Det var tale om en forlengelse som var for stor til å falle inn under bokstav b (under terskelverdi og under 10 %), men det var samtidig ikke en veldig stor overskridelse. Nemnda uttalte:

"(42) Klagenemnda finner for det første ikke grunnlag for å konstatere at innklagede med dette har utvidet kontraktens omfang betydelig. Forlengelsen utgjør en økning av vederlaget på 6,3 prosent av den opprinnelige kontraktsverdien. Utbetalingen på 7,4 millioner kroner innebærer videre en begrenset overskridelse av terskelverdien i forskriften § 5-3 (2) [terskelverdien for særlige tjenester var 6,95 millioner], slik den lød på tidspunktet for forlengelsen. Når det gjelder kontraktens varighet, innebærer endringen som nevnt en forlengelse på fem måneder. Kontraktens vilkår, innhold eller overordnede karakter, er ikke endret. Det er ikke grunnlag for å konstatere at innklagede, ved å forlenge avtalene med fem måneder og øke vederlaget med 6,3 prosent, har introdusert betingelser som – dersom de hadde vært en del av den kunngjorte konkurransen – «ville ha ført til at andre leverandører potensielt kunne ha deltatt, eller at oppdragsgiveren kunne tildelt kontrakten til en annen leverandør», jf. C-454/06 presstext avsnitt 35 og forskriften § 28-2 bokstav a. Det er heller ikke holdepunkter for at forlengelsen endrer kontraktens økonomiske balanse til fordel for den valgte leverandøren."

Når de øvrige kriteriene ikke er problematiske og det er snakk om en begrenset overskridelse vil det kunne være et visst rom. Vi forstår dermed at man ikke må vente på at driften kommer over i sky før den private bruken kan starte opp. Gitt at det er tale om en begrenset avklart varighet, vil man etter vår vurdering kunne starte opp med privat bruk selv om det gir noe økt belastning på driften og dermed et høyere driftsuttak fra driftsleverandøren, såfremt det gir en begrenset risiko for særlig overskridelse av grensen i § 28-1 bokstav b. Det er vanskelig å si noe en konkret grense. Man skal trolig ikke være veldig mye over. Det beste er kanskje å sikte mot terskelverdien med kunnskap om at man har en sikkerhetsmargin.

7.6.3 Den pågående anskaffelsen

For den pågående anskaffelsen av kontraktene for neste generasjon for Altinn bør det inntas formuleringer i kunngjøringen og konkurransegrunnlaget (eventuelt kvalifikasjonsgrunnlaget hvis det er et selvstendig dokument) som gjør det klart at Altinn som en offentlig felleskomponent vil kunne gjøres tilgjengelig for private. En del av dette kan være å endre beskrivelsen fra "offentlig felleskomponent" til "digital felleskomponent levert av det offentlige". Ved angivelsen av forventet volum må man ta høyde for hva dette kan medføre.

7.7 ID-porten, Maskinporten og Kontakt- og reservasjonsregisteret

7.7.1 Om avtalene

7.7.1.1 Oversikt

ID-porten, Maskinporten og Kontakt- og reservasjonsregisteret er egenutviklede løsninger. Digitaliseringsdirektoratet har en avtale med Evry om drift. Digitaliseringsdirektoratet har også avtaler om levering av sertifikat og eID-tjenester med Buypass, Comfides og BankID.

7.7.1.2 Driftsavtalen

Driftsavtalen ble inngått med Evry januar 2014. Kontrakten om drift gjelder drift og vedlikehold av ID-porten, MinID og KRR sitt produksjonsmiljø og testmiljø. Leverandøren leverer bruk av dataressurser (maskinvare og programvare) som blir levert som en tjeneste over internett.

I kvalifikasjonsgrunnlaget var det angitt: *"ID-porten er en innloggingsløsning som brukes av offentlige virksomheter for å gi innbyggerne tilgang til nettjenester."*

Driftskontrakten er priset med en grunnpris per leveranse. Grunnprisen er fast for et år adgangen og kan så justeres basert på volum. Bruk som genereres av private aktører vil dermed ikke umiddelbart og direkte påvirke vederlaget. Avhengig av hvordan bruksmønsteret er, eksempelvis dersom det er en jevn bruk, mens løsningen må være rigget for perioder med høy bruk på grunn av offentlige aktører, så vil å stille løsningene til rådighet for private ikke påvirke vederlaget.

7.7.1.3 Sertifikat og eID-tjenester

Gjeldende kontrakt for levering av sertifikat og eID-tjenester som er med Buypass, Comfides og BankID ble inngått etter anskaffelse gjennomført i 2018. Det ble i kunngjøringen angitt: *"Anskaffelsen gjøres på vegne av hele offentlig sektor"*. Det var videre angitt: *"Avtalen dekker de bruksscenarioer der en person autentiserer seg ovenfor en offentlig tjeneste eller signerer et dokument utstedt av det offentlige."*

Kontrakten er bygget opp med en grunnpris for at løsningen etableres og er tilgjengelig. I tillegg betales det per autentisering, signering osv. Ved etablering av løsningen for nye brukere påløper det en kostnad dersom det er ønskelig at det gjennomføres kurs for det tekniske personalet hos den nye brukeren. Prismodellen innebærer dermed at økt bruk gir et direkte utslag i økt vederlag.

Anskaffelsen var i kunngjøringen angitt å ha en forventet årlig verdi på 45 millioner. Av dette forstår vi at det alt vesentlige er i avtalen med BankID da det er den eID som i det vesentlige benyttes.

Kontraktene hadde oppstart november 2018 med opprinnelig kontraktsperiode til november 2020. Det kan utøves opsjon på et år frem til november 2021.

7.7.2 *Vurdering – ligger privat bruk innenfor opprinnelige avtaler?*

Slik gjengitt ovenfor var det i konkurransedokumentene som ligger til grunn for driftsavtalen og sertifikat og eID-tjenester tydelig kommunisert at det er tjenester for offentlige brukere. Selv om driftsleverandøren og leverandørene av eID ikke vil levere noe annet til Digitaliseringsdirektoratet forstår vi at anskaffelsesrettslig sett vil å stille løsningen tilgjengelig for private innebære at man gjør en endring i kontrakten.

7.7.3 *Vurdering - Er det adgang til å gjøre nødvendige endringer*

Vi er ikke kjent med at de eksisterende avtalene Digitaliseringsdirektoratet har for driftsavtalen eller eID-avtalene har endringsklausuler som gir en mulighet i seg selv til å åpne opp for at løsningen benyttes av private. En endring kan dermed ikke forankres i forskriften § 28-1 bokstav a.

Kontraktene er såpass store at 10 % av kontraktsverdien utgjør mer enn terskelverdien på NOK 1,3 millioner. Det er dermed mulig å utnytte unntaket i § 28-1 bokstav b opp til 1,3 millioner. For eID-avtalene forstår vi at dette må vurderes per avtale.

Etter § 28-2, jf. § 28-1 bokstav f kan en endring være tillatt etter en konkret vurdering etter de såkalte Presstext-kriteriene. Ved denne vurderingen forstår vi at det må skilles mellom driftsavtalen og eID-avtalene. Nedenfor drøfter vi fortløpende kriteriene knyttet til henholdsvis deltakerinteressen, utfallet av konkurransen, den økonomiske balansen, og om omfanget av kontrakten utvides betydelig.

For driftsavtalen med Evry vil vurderingen i stor grad være tilsvarende som for driftsavtalen med Basefarm for Altinn. Det er vanskelig å se at utvidelse til privat bruk kunne ha påvirket hvem som deltok i den opprinnelige anskaffelsen. Vi kan ikke se at andre driftsleverandører skulle ha meldt seg.

For driftstjenester til ID-porten, maskinporten og KRR forstår vi at det i alle tilfeller kun ble mottatt ett tilbud. Utfallet ville dermed ikke kunne endret seg blant dem som deltok.

Vi har ikke oversikt over volumet på dagens bruk av driftsavtalen opp mot hva som var forespeilet i konkurransedokumentene. Med fastpris for 12 måneder av gangen vil økt belastning på tjenesten kunne føre til økt vederlag over tid. Med mindre det er snakk om store volumer og det var spesielt jevnt i konkurransen, vil dette vanskelig kunne sies å kunne ha påvirket utfallet av konkurransen.

Slik vi forstår skal driftsleverandøren kompenseres for økte kostnader ved økt bruk. Dersom bruken øker og vederlaget justeres etter kontrakten vil det ikke gi unormal profitt, men gi et normalt økt vederlag gitt de økte kostnadene. Den økonomiske balansen vil dermed ikke endres.

Når det gjelder vilkåret om at kontraktens omfang ikke må utvides betydelig blir også vurderingen tilsvarende som for driftsavtalen for Altinn. Konkurransedokumentene i anskaffelsen er helt tydelig på at ID-porten er for offentlig bruk. Dette sies gjentatte ganger i dokumentene. Det er ikke i noen form antydning at det kan bli aktuelt at ID-porten stilles til rådighet for privat bruk. Etter vår vurdering må dette forstås slik at en stortilt betingelsesløs generell åpning for at løsningen stilles til rådighet for private er problematisk. Det er imidlertid heller ikke her et helt svart hvitt "enten eller" spørsmål.

Som drøftet ovenfor ble det i KOFAs avgjørelse i sak 2018/479 skapt et rom for visse endringer som er for store for å falle inn under bokstav b, men hvor det ikke er en veldig stor overskridelse.

Når de øvrige kriteriene ikke er problematiske og det er snakk om en begrenset overskridelse vil det kunne være et visst rom. Vi forstår dermed at man ikke må vente på at driften kommer over til ny driftsleverandør i nestekontraksperiode før den private bruken kan starte opp. Gitt at det er tale om en begrenset avklart varighet, vil man etter vår vurdering kunne starte opp med privat bruk selv om det gir noe økt belastning på driften og dermed et høyere driftsuttak fra driftsleverandøren, selv om man kan komme til å overstige grensen i § 28-1 bokstav b.

Driftsavtalen med Evry hadde oppstart i 2014 opprinnelig kontraksperiode var 4 år med mulighet for forlengelse 2 + 2 år. Man er nå i den siste opsjonsperioden og kontrakten løper frem til første kvartal 2022. I en så langvarig kontrakt hvor det var usikkerhet om bruk når konkurransen ble gjennomført i 2013 er det nå helt på slutten i kontraksperioden adgang til å gjøre større endringer enn det hadde vært i en helt tidlig fase.

For eID-avtalene forstår vi at vurderingen kan bli noe annerledes. Sertifikat og eID-tjenester er noe som leveres i markedet til private. Leverandørene til Digitaliseringsdirektoratet tilbyr de samme tjenestene direkte til private. I hvilken utstrekning de selv eller andre ville ha deltatt dersom Digitaliseringsdirektoratet skulle benytte tjenesten også til private er ikke klart. Hvordan de som deltok i anskaffelsen hvor alle ble tilbudt kontrakt ville ha priset seg hvis de visste at tjenestene også skulle gjøres tilgjengelig for private er heller ikke klart. Det var et minstekrav at tilbyderer måtte ha et sertifikat som var selvdeklart på nivå "høyt". Dette utgjorde en barriere for utenlandske tilbydere, da dette har særnorske krav. Ettersom dagens avtaler ble inngått før eIDAS-forordningen trådte i kraft i Norge, er det imidlertid lite trolig at barrieren kan ha påvirket deltakerinteressen.

For private eID-løsninger ble alle som innga tilbud tildelt kontrakt. Blant de som deltok ville dermed utfallet ikke blitt annerledes.

Å gjøre løsningen tilgjengelig for private aktører som generer økt bruk vil føre til økt vederlag for eID-leverandørene da de honoreres per aktivitet. Etter prismodellen er det imidlertid et system hvor enhetsprisen går ned ved økt volum. Det er dermed tatt høyde for at volumet kan endres. Vi kan ikke se at den økonomiske balansen endres.

Når det gjelder vurderingen om kontraktens omfang utvides betydelig vil det for eID-kontraktene skje en kvantitativ utvidelse. Hvor stor avhenger av den private bruken. En begrenset kvantitativ økning ut over det bokstav b gir anledning til vil etter vår forståelse i seg selv ikke innebære at kontraktens omfang utvides betydelig.

7.7.4 Samlet vurdering av økning i bruk

Dersom private aktører gis tilgang til de offentlige felleskomponentene uten at det har en tilknytning til offentlige oppgaver slik som samtykkebasert lånesøknad, fellestjenester bygg og digital samhandling ved eiendomshandel er det etter vår vurdering ved den anskaffelsesrettslige vurderingen ikke relevant å se på hva den private bruker tjenesten til dersom man først er utenfor offentlige oppgaver. Spørsmålet ved vurderingen om å åpne for offentlig bruk avhenger av hvordan den private bruken fører til ressursuttak/belastning på felleskomponentene som har betydning for levering av tjenester fra Digitaliseringsdirektoratets leverandører. Dette er en vurdering som for de fleste hjemlene skal foretas samlet for alle endringer som gjøres. Når økt ressursuttak som følge av åpning for privat

bruk skal sees samlet betyr det at å åpne for en privat aktør kan gå på bekostning av å åpne for en annen privat aktør fordi man på et tidspunkt kommer til et punkt hvor endringen samlet blir for stor.

Dersom man under de eksisterende kontraktene skal ha en begrenset åpning for private aktører i påvente av ikrafttredelse av neste generasjons kontrakter bør man ha et mest mulig objektivt ikke-diskriminerende regime for hvem som gis tilgang. Det beste ville være å se på hvilke tiltak som gir størst samfunnsøkonomisk gevinst veiet opp mot ressursuttak fra felleskomponentene. Gitt at muligheten gjøres offentlig kjent kan man tenke seg først i tid best i rett.

7.7.5 Betydning for fremtidig anskaffelsesstrategi

Driftsavtalen løper ut i første kvartal 2022 og eID-avtalene løper ut november 2021. Ved gjennomføring av nye anskaffelser som må planlegges gjennomført i løpet av forholdsvis kort tid er det mulighet til å ta høyde for privat bruk. Slik vi forstår vil det da være hensiktsmessig å gjennomføre markedsdialog slik at man forstår hvordan markedet vil reagere på en slik utvidelse av bruken.

8 PERSONOPPLYSNINGSLOVEN OG GDPR

8.1 Innledning

I dette punktet inkluderer vi noen betraktninger om de personopplysningsrettslige utfordringer som ny og endret bruk av de offentlige felleskomponentene kan eller vil reise og hvordan man kan tilnærme seg disse.

Privates tilgang til offentlige felleskomponenter reiser spørsmål i tilknytning til de krav som følger av EUs personvernforordning (personvernforordningen/GDPR) og den norske personopplysningsloven, som gjelder behandling av personopplysninger. Begrepene "behandling" og "personopplysninger" må forstås vidt, og omfatter kort sagt all bruk av enhver opplysning som kan knyttes til en fysisk person, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 1 og 2. Ansvar for å oppfylle pliktene etter personvernforordningen påhviler i hovedsak den behandlingsansvarlige. Den behandlingsansvarlige er den som bestemmer formålet med behandlingen og hvilke hjelpemidler som skal benyttes, jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 7. Flere virksomheter kan opptre som selvstendige behandlingsansvarlige i tilknytning til den samme behandlingen.

Enhver virksomhet som behandler personopplysninger på vegne av en behandlingsansvarlig opptrer som databehandler jf. personvernforordningen artikkel 4 nr. 8.

Den enkeltpersonen som personopplysningene relaterer seg til omtales som "den registrerte". Den registrerte har etter personvernforordningen en rekke rettigheter, jf. særlig bestemmelsene i kapittel III om retten til informasjon og innsyn mv.

Det underliggende spørsmålet som søkes belyst i dette punktet i rapporten er hvilke personopplysningsrettslige spørsmål som reises dersom felleskomponentene skal gjøres tilgjengelige for private aktører. Da det vil føre for langt å vurdere dette konkret, har vi valgt å fokusere på hvilke vurderinger som må foretas på et mer overordnet nivå. En overordnet analyse av de fire felleskomponentene, basert på den informasjonen som foreligger, viser etter vårt syn at det er en del

felles spørsmål og problemstillinger som gjennomgående vil måtte vurderes og avklares, i forbindelse med eventuelle endringer som åpner for private.

I punkt 8.3 under følger en overordnet redegjørelse for de generelle kravene i personvernforordningen mv. Enkelte særlige forhold ved de enkelte tjenestene er omtalt i punkt 8.4. En samlet oversikt over felles problemstillinger er inntatt i punkt 8.5.

Tjenestene er overordnet beskrevet i kapittel 3 og 4 ovenfor i rapporten, og vi bygger på beskrivelsene som fremgår der med enkelte presiseringer som er relevante for de personvernrettslige vurderingene.

I rapporten her vil vi kun berøre Digdirs rolle knyttet til de offentlige felleskomponentene.

8.2 Oppsummering og anbefalinger

Privates tilgang til offentlige felleskomponenter reiser spørsmål i tilknytning til de krav som følger av EUs personvernforordning og den norske personopplysningsloven. Ansvar for å oppfylle pliktene etter personvernforordningen påhviler i hovedsak den behandlingsansvarlige. Hvis en pågående behandling skal endres må den behandlingsansvarlige vurdere kravene på nytt.

Ett og samme organ vil ofte kunne opptre som både behandlingsansvarlig og databehandler i relasjon til én og samme tjeneste.

Sentrale punkter vi mener må vurderes og dokumenteres i rollen som behandlingsansvarlig, i forbindelse med at felleskomponentene eventuelt vurderes å bli tilgjengeliggjort for private virksomheter, er følgende (ikke en uttømmende liste):

- Kartlegging/klargjøring av behandlingsaktiviteter og typer av personopplysninger
- De involverte partenes roller
- Formål og rettslig grunnlag mv.
- Grunnleggende personvernprinsipper
- Digdirs forhold til aktøren som benytter tjenesten
- Risikovurderinger

Felles for tjenestene er at de er utviklet og etablert med det klare formål å bistå offentlige virksomheter med å forbedre og effektivisere driften, herunder å bidra til oppfyllelsen av hovedregelen om digital kommunikasjon når forvaltningen kommuniserer med andre. Dette formålet kan få betydning for adgangen til å tilby tjenestene og behandle personopplysninger i relasjon til private aktører.

Der tjenesten er regulert i lov og/eller forskrift, danner regelverket rammen for hva som vil være lovlig bruk og utvidelse. Selv om de øvrige tjenestene ikke er direkte regulert gjennom lov eller forskrift, er det viktig å ha klarhet i både hva som er formålet med de behandlingsaktiviteter som Digdir som behandlingsansvarlig gjennomfører og hva som er det rettslige behandlingsgrunnlaget, da dette vil kunne ha betydning for adgangen til å utvide tjenesten til private. Vi mener det bør gjøres en mer prinsipiell vurdering av de ulike tjenestene med tanke på bruk av private virksomheter, herunder om Digdir i noen grad skal foreta en sjekk av at de personopplysningsrettslige kravene oppfylles av den private aktøren. Disse vurderingene bør være basert på klare og objektive kriterier.

Sentrale punkter vi mener må vurderes og dokumenteres i rollen som databehandler, i forbindelse med at felleskomponentene eventuelt vurderes å bli tilgjengeliggjort for private virksomheter, er følgende (ikke en uttømmende liste):

- Innholdet i den databehandleravtalen som skal inngås
- Risikovurderinger
- Tiltak knyttet til informasjonssikkerhet

Gitt at det her er tale om ny/private virksomheters bruk av det som i utgangspunktet er offentlige felleskomponenter, vil vi anta det foreligger et forsterket behov også for Digidir som databehandler, til å forsikre seg om at den behandlingsansvarlige opptrer i henhold til regelverket. Vi kan heller ikke se bort fra at visse tjenester/deler av tjenestene kun bør forbeholdes bestemte private virksomheter som f.eks. har lovlig adgang til å benytte fødselsnummer mv. Vi anbefaler at det utarbeides klare og objektive kriterier for de vurderinger som skal foretas.

8.3 Overordnet om kravene i personvernforordningen mv.

Når det behandles personopplysninger, må den behandlingsansvarlige bl.a. definere et presist og saklig formål og sørge for tilfredsstillende behandlingsgrunnlag (GDPR artikkel 5, 6 og 9), gjennomføre nødvendige risikovurderinger (eventuelt en særlig personvernkonsekvensvurdering (DPIA)) (GDPR artikkel 32 og 35), sørge for tilstrekkelig informasjon til de registrerte (GDPR artikkel 13 og 14), inngå nødvendige databehandleravtaler (GDPR artikkel 28) mv. Det er også viktig å være oppmerksom på at personvernforordningen, i artikkel 5, oppstiller en rekke grunnleggende personvernprinsipper som alltid må være oppfylt ved behandling av personopplysninger. Bestemmelsen inkluderer bl.a. prinsipper/krav knyttet til saklighet, nødvendighet og formålsbegrensning, som kan være særlig relevant i tilknytning til eventuell ny og utvidet bruk av personopplysninger som inngår i felleskomponentene. Den behandlingsansvarlige har også bl.a. en plikt til å gi tilstrekkelig klar og dekkende informasjon til de registrerte om den behandlingen som foregår, jf. personvernforordningen artikkel 13 og 14.

Hvis en pågående behandling skal endres må de samme kravene vurderes på nytt. Dette gjelder uavhengig av om behandlingen skjer til fordel for det offentlige eller for private aktører. Med unntak for behandlinger som gjelder det offentliges utøvelse av forvaltningsvirksomhet, som bl.a. utgjør et eget behandlingsgrunnlag i henhold til personvernforordningen og som i stor grad vil være lovregulert, jf. personvernforordningen art. 6 nr. 3, vil det derfor ikke være noen vesensforskjell på de personvernspørsmål som må vurderes, når man skal utvide eller endre en behandling innenfor det offentliges sfære, eller utvide den samme tjenesten til å inkludere private. Utfallet av vurderingen kan imidlertid bli ulik, f.eks. når det gjelder hvorvidt det foreligger tilstrekkelig behandlingsgrunnlag eller om det skjer en formålsendring.

Som del av de offentlige felleskomponentene som drøftes i rapporten her, behandler Digidir, som behandlingsansvarlig, et forholdsvis begrenset antall personopplysningstyper, men i og med at brukerne er mange, blir volumet av personopplysninger forholdsvis stort. Under enhver omstendighet gjelder personvernforordningen og personopplysningsloven uavhengig av om personopplysningene kan anses som trivielle. Typen opplysninger kan imidlertid påvirke anvendelsen av regelverket, f.eks. vurderingen av risiko eller av saklighet og forholdsmessighet i relasjon til vurderingen av behandlingsgrunnlag osv.

Regelverket inneholder spesifikke krav knyttet til behandling av særskilte kategorier av personopplysninger, jf. personvernforordningen artikkel 9, eksempelvis opplysninger om helse. Vi legger til grunn at særskilte kategorier personopplysninger i svært liten grad vil bli behandlet som del av felleskomponentene for de deler der Digdir er behandlingsansvarlig. Tjenestene som sådan kan imidlertid inneholde slike opplysninger, eksempelvis personopplysninger fra NAV (som NAV vil være behandlingsansvarlig for).

Også bruken av fødselsnummer er særskilt regulert, jf. personopplysningsloven § 12. Behandling av fødselsnummer fordrer at det for den behandlingsansvarlige er saklig behov for sikker identifisering og at bruken av fødselsnummer er nødvendig for å oppnå dette. Bruken av fødselsnummer er typisk tillatt innenfor offentlig sektor, der det er behov for å identifisere borgerne i forbindelse med fastsettelsen av deres rettigheter og plikter, men også arbeidsgivere, banker og forsikringsselskaper mv. vil kunne ha et saklig behov for slik sikker identifisering og derved adgang til å behandle fødselsnummer.

I de tilfellene der tjenesten (Digdir) opptre som databehandler, det vil si at Digdir behandler personopplysninger på vegne av den behandlingsansvarlige (f.eks. NAV eller Skatteetaten), er forpliktelsene i det vesentlige knyttet til innholdet i den databehandleravtalen som skal inngås og øvrige krav som fremgår av personvernforordningen art 28-33, herunder å gjennomføre en risikovurdering og iverksette egnede informasjonssikkerhetstiltak. Det er ikke krav om noe selvstendig behandlingsgrunnlag for databehandler utover det behandlingsgrunnlaget som foreligger hos den behandlingsansvarlige i og med at databehandlerens behandling skjer på vegne av den behandlingsansvarlige (og altså ikke for egne formål).

Kravene som gjelder for databehandler påvirkes i liten grad av om brukerne av tjenesten er offentlige eller private, men risikoen kan påvirkes av volumendringer og antall aktører som har tilgang til tjenesten. De spørsmål som må vurderes i forbindelse med endringer av en pågående behandling, i rollen som databehandler, er i utgangspunktet de samme ved utvidelse til private som ved utvidelse til en ny offentlig virksomhet, kanskje med unntak av behovet for å sjekke eventuelle oppslagshjemler eller andre begrensninger som følger av at kunden går fra å være en offentlig til en privat aktør. Også dette er riktignok primært den behandlingsansvarliges oppgave, bl.a. med hensyn til tilstrekkelig hjemmel, minimalitetsprinsippet og kravene til innebygget personvern, men ettersom DigDir har en så sentral rolle i utformingen av de offentlige felleskomponentene, og disse i stor grad leveres som standardtjenester, er det naturlig at de også fører en viss kontroll med at felleskomponenter som gjør oppslag i kilder som ikke er tilgjengelig for alle, bare gjøres tilgjengelig for behandlingsansvarlige som har rett til å gjøre slike oppslag. Dette kan skje f.eks. ved å be om å få innlevert dokumentasjon eller egenerklæringer i forbindelse med inngåelse av brukeravtalen for den enkelte tjeneste.

Ett og samme organ vil ofte kunne opptre som både behandlingsansvarlig og databehandler i relasjon til én og samme tjeneste, typisk fordi organet vil være behandlingsansvarlig for eget kunderegister men samtidig kan opptre som databehandler i tilknytning til leveransen av tjenesten. En slik dobbeltrolle kan også forekomme ved at samme organ i enkelte situasjoner både er behandlingsansvarlig for et underliggende register det gjøres oppslag i, og databehandler for en annen aktør, som får bistand til å gjøre oppslag i registeret ved å benytte en av felleskomponentene.

8.4 De enkelte tjenestenes særpreg

8.4.1 Innledning

Betraktningene som fremgår ovenfor gjelder uavhengig av hvilken av felleskomponentene (tjenestene) behandlingen er knyttet til. I dette punktet har vi inntatt en kortfattet redegjørelse for det vi oppfatter å være de enkelte tjenestenes særpreg, særlig i relasjon til de krav som følger av personvernforordningen og personopplysningsloven. Opplysninger om roller og ansvar mv bygger på det som fremgår av DigDirs/tjenestenes brukervilkår og personvernerklæringer. Vi har ikke gjennomført noen selvstendig vurdering av Digdirs rolle i relasjon til felleskomponentene, men kun gjort en helt overordnet sjekk av at det som synes å være lagt til grunn i brukervilkår og personvernerklæringer fremstår som rimelig. Den informasjonen vi har hatt tilgjengelig inneholder på den annen side lite informasjon om Digdir som databehandler.

8.4.2 ID-porten

Med ID-porten menes her tjenesten som benyttes for innlogging til offentlige digitale tjenester. DigDir er behandlingsansvarlig for koplestjenesten, dvs. for behandling av personopplysninger i forbindelse med formidling av en autentiseringsforespørsel til eID-leverandør og for bearbeiding og videreformidling av responsen på denne til den tjenesten der det søkes innlogging. Den underliggende eID-tjenesten vil, avhengig av hvordan den er organisert, være behandlingsansvarlig for hele eller deler av selve autentiseringsoperasjonen. Ved autentisering lagrer og videreformidler Digdir sluttbrukers fødselsnummer, sikkerhetsnivå for gjennomført autentisering, sluttbrukers språkvalg og hvilken e-ID som ble benyttet for autentiseringen.

Kunden er behandlingsansvarlig for opplysninger om autentiseringsoperasjoner etter at disse er utlevert fra ID-porten i forbindelse med autentisering av sluttbrukere, herunder for behandlingen av fødselsnummer. Kunden må derfor ha lovlige grunntil grunnlag for sin behandling av disse personopplysningene og ellers opptre i henhold til de krav som følger av personvernforordningen mv.

Et viktig aspekt ved ID-porten er at det er den registrerte selv som tar initiativet og er i direkte dialog med tjenesten/Digdir ved hver autentisering. Det er videre i liten grad tale om behandling av personopplysninger som allerede er registrert hos Digdir, med unntak av begrenset profilinformasjon slik som informasjon om den registrertes språkvalg.

Selv om ikke dette fremgår av brukervilkårene, vil vi på denne bakgrunn anta at Digdirs behandlingsgrunnlag er et eller flere av de følgende bestemmelser i GDPR; artikkel 6 nr. 1 bokstav a (samtykke), bokstav b (avtale), bokstav e (oppgave i allmenhetens interesse), og bokstav f (berettiget interesse). Vi har ikke gjort noen nærmere vurdering av hvilket/hvilke grunnlag som er det mest korrekte å benytte, men det er mulig at nettopp tilstedeværelsen av sterke allmenne interesser, knyttet til innlogging til offentlige tjenester, tilsier at dette grunnlaget kan og bør benyttes. I så fall kan dette være et eksempel på en tjeneste der man må vurdere andre behandlingsgrunnlag i tilknytning til en utvidelse til private aktører. Hvilket grunnlag det bygges på, kunne nok med fordel kommet tydeligere frem i bruksvilkårene sammen med de øvrige opplysningene om behandling av personopplysninger som fremgår der.

I tillegg legger vi til grunn at Digdir, for å kunne tilby tjenesten på det aktuelle sikkerhetsnivået (person høyt) har saklig behov for bruk av fødselsnummer for sikker identifisering, jf. personopplysningsloven § 12.

På bakgrunn av det ovenstående forstår vi det slik at det, i forbindelse med private aktørers eventuelle bruk av ID-porten, i alle fall må gjøres en vurdering av hvorvidt det foreligger tilstrekkelig behandlingsgrunnlag samt om den aktuelle kunden vil ha adgang til å behandle fødselsnummer for sikker identifisering. Videre må det vurderes om utvidelsen vil innebære en formålsendring og om denne er forenlig med det opprinnelige formålet. I og med at ID-porten i liten grad bygger sin behandling på allerede registrerte personopplysninger, og at den enkelte registrerte selv tar initiativ til bruken av tjenesten og selv er aktivt involvert i hver innlogging, legger vi til grunn at en endret bruk, som skjer *med virkning fremover i tid*, uansett kan håndteres i en dialog med den registrerte, f.eks. når det gjelder oppdatert informasjon om behandlingen og innhenting av nytt samtykke hvis det anses nødvendig.

Vi er kjent med at ID-porten er under utvikling og at Digdir kan tilby personvernøkende tjenester som pseudonymisering, som medfører at bruk av fødselsnummer ikke er påkrevd, og eventuell berikelse av innloggingsdata. Dette er imidlertid uavhengig av utvidelse av bruk av ID-porten til private, og vi går ikke nærmere inn på dette i rapporten her.

8.4.3 Maskinporten

I relasjon til maskinporten opptrer Digdir i hovedsak i rollen som databehandler. Her blir derfor situasjonen en annen enn for ID-porten. Vi viser til det som sies i brukervilkårene om at Digdir er databehandler for fødselsnummer og eventuell annen informasjon i tokenet som sammen med fødselsnummeret kan regnes som personopplysninger. Vi oppfatter det slik at det kan benyttes fødselsnummer i token i Maskinporten hvis konsumenten skal spørre om opplysninger for en konkret person. Da vil tokenet inneholde fødselsnummeret til den personen det spørres om. Vi legger imidlertid til grunn at omfanget av behandling av personopplysninger i Maskinporten er forholdsvis begrenset.

Vi er ikke kjent med den nærmere begrunnelsen for at man mener Digdir her opptrer som databehandler, mens direktoratet for ID-portens del opptrer som behandlingsansvarlig, jf. over. Vi vil imidlertid anta at dette har sammenheng med at Digdir har en mer fremtredende og aktiv rolle i relasjon til behandlinger i ID-porten. Vi oppfatter det slik at både tilbyder og konsument vil opptre som selvstendige behandlingsansvarlige når det gjelder Maskinporten, og at Digdir vil være databehandler for begge.

Videre finner vi grunn til kort å nevne at vi antar Digdir vil opptre som behandlingsansvarlig for sitt eget kunderegister, dvs. når de behandler personopplysninger i forbindelse med innrulling av kunder til Maskinporten (opplysninger om den som på vegne av en virksomhet ber om tilgang til tjenesten), uten at dette kan sees å ha noen direkte betydning for spørsmålet om utvidelse av bruken av tjenesten mot private.

Vi viser for øvrig til det som er sagt om rollen til en databehandler og hva som må vurderes i forbindelse med oppstart av en ny behandling under punkt 8.3 ovenfor. I tillegg vil vi påpeke at Digdir som databehandler står i en særlig relasjon til de behandlingsansvarlige offentlige virksomhetene som tjenesten eventuelt åpnes for, og det må gjøres en vurdering av om risikoen for tjenesten endres og/eller påvirkes i negativ grad av en eventuell utvidelse til private aktører. Det er også et spørsmål om Digdir, som offentlig virksomhet, kan eller bør "lene seg tilbake" og overlate alt ansvaret for etterlevelse av personvernregelverket til to private aktører, dersom det skulle være aktuelt. I tillegg må det også her vurderes om bruken av fødselsnummer utgjør noen form for hindring. Vi anbefaler (hvis det ikke allerede er gjort) at det utarbeides klare og objektive kriterier for hvordan Digdir skal

vurdere nye forespørsler fra private (hva som er avgjørende for om det kan gis tilgang til tjenesten eller ikke) og hvilken kontroll og oppfølging Digdir skal foreta basert på en risikovurdering.

8.4.4 *Kontakt og reservasjonsregisteret (KRR)*

Digdir er behandlingsansvarlig for personopplysninger som behandles i KRR. Formålet med KRR er å legge til rette for elektronisk kommunikasjon med forvaltningen ved å tilrettelegge en løsning der innbyggerne kan registrere og oppdatere sin kontaktinformasjon. Registeret er opprettet med hjemmel i lov og forskrift, jf. forvaltningsloven § 15 a og eForvaltningsforskriften kapittel 7.

eForvaltningsforskriften kapittel 7 regulerer et register over digital kontaktinformasjon og reservasjon med tilhørende infrastruktur. Det fremgår klart av de aktuelle bestemmelsene at registeret er avgrenset til offentlig bruk. Registeret kan benyttes i forbindelse med saksbehandling og utføring av forvaltningsoppgaver for øvrig, og skal benyttes til varsling etter eForvaltningsforskriften § 8 tredje ledd (varsel om at enkeltvedtak er fattet). Digital kommunikasjon er hovedregelen, men innbygger har rett til å reservere seg mot å få vedtak og andre viktige meddelelser digitalt, jf. eForvaltningsforskriften § 9. Poenget med reservasjonsadgangen er at innbyggerne skal kunne velge å forholde seg bare til fysisk post for det som er viktige meldinger fra det offentlige.

KRR inneholder et på forhånd fastsatt og begrenset sett med opplysninger som ajourholdes gjennom ID-porten. Informasjonen det er snakk om er bl.a. fødselsnummer, e-postadresse, mobilnummer, adresse til digital postkasse samt reservasjonsstatus.

Basert på foreliggende informasjon omfatter registeret i praksis alle myndige personer i landet.

Etter integrasjon av den offentlige virksomheten (kunden) mot registeret, kan kunden gjøre oppslag og få utlevert ønsket informasjon fra registeret. Det skjer med andre ord en utlevering av personopplysninger fra Digdir/KRR som behandlingsansvarlig for registeret til en ny og selvstendig behandlingsansvarlig som er den mottakende virksomheten, og som benytter opplysningene for å sende varsel til den enkelte innbygger.

Gitt de klare begrensningene som følger av lov og forskrift, vil det som et minimum kreves en regelendring for at KRR skal kunne utlevere opplysninger til private aktører, dvs. utenfor det som kan anses å være anvendelsesområde for KRR i dag. Spørsmålet er imidlertid om det vil være tilstrekkelig med en lov-/forskriftendring, eller om Digdir må forholde seg til ytterligere begrensninger.

Rettslig sett kan det for det første reises spørsmål om en eventuell lov-/forskriftsendring, i tilknytning til forvaltningsloven og eForvaltningsforskriften, vil gå foran og tilsidesette det grunnleggende formålsbegrensningsprinsippet i personvernforordningen artikkel 5 nr. 1 bokstav b, som sier at personopplysninger ikke kan viderebehandles for nye formål som er uforenlig med det opprinnelige formålet. Det fremgår av personvernforordningen artikkel 6 nr. 4 at slik ny behandling kan baseres på samtykke eller nasjonal rett, forutsatt at det er tale om et nødvendig og forholdsmessig tiltak i et demokratisk samfunn for å sikre oppnåelsen av målene nevnt i artikkel 23 nr. 1, som bl.a. i bokstav e nevner viktige mål av allmenn interesse for en medlemsstat, særlig viktige økonomiske eller finansielle interesser, folkehelse eller trykkespørsmål. Der er ikke åpenbart at vilkåret her vil være oppfylt. Uten tilstrekkelig grunnlag i samtykke eller lov, må det eventuelt gjøres en konkret vurdering av om den nye bruken er uforenlig med den opprinnelige, jf. momentene som er angitt i personvernforordningen artikkel 6 nr. 4 bokstav a-e. Disse bestemmelsene må underlegges en vurdering i sammenheng med en eventuell utvidet bruk av registeret.

KRR er innført som en ordning der innbyggernes – de registrertes – reservasjonsadgang er en helt sentral del. Denne komponenten var og er en svært viktig del av ordningen med digitalt førstevalg. Eventuelle nye bestemmelser om bruk av personopplysninger lagret i KRR for andre formål/av private aktører, som *også* kan medføre meldinger av stor viktighet for innbyggerne, vil reise spørsmål om forholdet til denne reservasjonsadgangen og bruken av de opplysninger som allerede er registrert om den enkelte innbygger. Innbyggerne har kun tatt stilling til reservasjonsmuligheten for den bruken som ligger inne i KRR i dag (meddelelser fra offentlige virksomheter), og har altså ikke hatt anledning til å vurdere hvorvidt de ønsker å reservere seg i relasjon til andre/private aktører.

Man kunne tenke seg at en eksisterende reservasjon også ble gjort gjeldende for eventuelle private brukere. Det må i så fall være basert på avtalemessig grunnlag i bruksvilkårene. Slik hjemmelsbestemmelsen i forvaltningsloven § 15a er utformet, er det vår vurdering at man ikke kan pålegge en privat aktør å respektere reservasjonsretten gjennom en endring i eForvaltningsforskriften. Mer hensiktsmessig, både med tanke på reservasjonsadgangen og bruksendringen for øvrig, vil det nok være å knytte bruksendringen til at den enkelte oppdaterer sin brukerinformasjon i forbindelse med en innlogging i ID-porten, og i den anledning også tar stilling til reservasjonsspørsmålet.

Reservasjonsadgangen i eForvaltningsforskriften gjelder kun for meddelelser som skal varsles i henhold til eForvaltningsforskriften § 8. For private bør reservasjonsadgangen være generell da det ikke foreligger tilsvarende klare kriterier som skiller mellom ulike typer private meldinger og at en mer skjønnsmessig vurdering vil være vanskelig å følge opp og praktisere likt. Vi vil derfor anbefale at KRR ikke tas i bruk for private aktører før den enkelte har hatt mulighet til å gi sin positive tilslutning til slik bruk og bruksvilkårene for private må inkludere plikt til å respektere reservasjonsretten.

Når det gjelder KRR har vi på mer generelt grunnlag et innspill, om at det kan være hensiktsmessig å begrense bruken, av hensyn til tilliten til det offentlige. Dette har etter vårt syn for så vidt også en side til innbyggernes personvern, dvs. en rett til å slippe å få sine kontaktopplysninger benyttet for tilsendelse av elektronisk informasjon i større grad enn det de faktisk har valgt selv og i større grad enn det som er saklig og nødvendig.

Vi har videre merket oss at det i brukervilkårene fremgår at kunden selv må kjenne til fødselsnummeret til den aktuelle personen det skal hentes ut informasjon om. Vi viser til det som er sagt tidligere om at adgangen til å behandle fødselsnummer er underlagt særskilte regler i personopplysningsloven § 12 og kun i unntakstilfeller vil gjelde for private virksomheter (arbeidsgivere generelt og visse typer private virksomheter mer spesielt som f.eks. banker og forsikringsselskaper).

8.4.5 *Altinn*

Vi forstår det slik at de offentlige virksomhetene som deltar i Altinn-samarbeidet generelt vil opptre som behandlingsansvarlig for sine tjenester, mens Digidir som hovedregel vil opptre som databehandler. Digidir vil imidlertid være behandlingsansvarlig for personopplysninger i fellesfunksjonalitet i Altinn-løsningen, jf. det som fremgår av Altinns personvernerklæring. Personopplysninger i fellesfunksjonaliteten omfatter opplysninger som benyttes til identifisering, autentisering og autorisasjon ved innlogging i Altinn, samt personopplysninger i innboksen i Altinn. (Det er ikke helt klart for oss hva personopplysninger i innboksen innebærer i denne sammenheng.) Digidir er også behandlingsansvarlig for lagring av loggdata knyttet til brukeraktivitet. Behandlingsansvaret omfatter også enkelte deltjenester, bl.a. autorisasjonsregisteret. Også dette antar

vi Altinn/Digdir er behandlingsansvarlig for, trolig basert på et eller flere av følgende rettslige grunnlag; samtykke, avtale, oppgave i allmenhetens interesse og berettiget interesse som rettslig grunnlag, jf. personvernforordningen artikkel 6 nr. 1 bokstav a, b, e og f.

Det er uklart for oss hva som anses å være behandlingsgrunnlaget, eventuelt behandlingsgrunnlagene dersom det er flere, da dette ikke er nærmere angitt i personvernerklæringen, utover en henvisning til det forhold at digital kommunikasjon er hovedregelen når forvaltningen kommuniserer med andre. Bak dette utsagnet i personvernerklæringen følger en lenke til informasjon om endringene i forvaltningsloven og eForvaltningsforskriften, uten at det er klart om og eventuelt i hvilken sammenheng man mener Digdirs behandling av personopplysninger i Altinn-løsningen har hjemmel i lov eller forskrift. Lenken virker mer relevant for behandlingsgrunnlaget til de offentlige virksomhetene som benytter Altinn for sin kommunikasjon med innbyggerne.

Vi kjenner ikke til hvordan avklaringer rundt spørsmålet om behandlingsgrunnlag i Altinn er dokumentert, inkludert om det finnes en form for oversikt over hva som er andre offentlige virksomheters behandlingsgrunnlag ved bruk av Altinn.

Der Altinn opptrer som databehandler, vil de som tidligere angitt, opptre på vegne av den behandlingsansvarlig og sånn sett være avhengig av dennes behandlingsgrunnlag. Selv om den behandlingsansvarlige er ansvarlig for lovligheten av behandlingen, vil databehandlerens plikter knyttet til bl.a. risikovurderinger og informasjonssikkerhetstiltak forutsette i alle fall et visst minimum av kunnskap om hvilken behandling som finner sted. Vi antar at det er gjort vurderinger av hvilken type behandling offentlige virksomheter typisk vil kunne gjennomføre på plattformen og at løsningen er tilrettelagt for dette. Ved utvidet bruk til private må i så fall disse vurderingene oppdateres. Vi mener disse spørsmålene bør avklares og dokumenteres, slik at dette er på plass, når man eventuelt skal vurdere en utvidet bruk for private. Behandlingsgrunnlag og hjemler for tilgang og bruk av informasjon, kan få betydning for hva som kan åpnes for bruk av private aktører.

Gitt utgangspunktet om at Altinn-tjenesten/Digdir som hovedregel vil være databehandler, og under forutsetning av at nye brukere vil ha et gyldig behandlingsgrunnlag, kan vi ikke se at det prinsipielt er noe i veien for at rollen som databehandler kan videreutvikles, eksempelvis ved å tillate at private aktører benytter skjemaautviklingsverktøyet og gjør skjemaene tilgjengelig for innbyggeren gjennom dialogplattformen, dvs. at personvernregelverket neppe generelt er til hinder for dette. Vi ser imidlertid at det vil kunne oppstå utfordringer knyttet til oppslag i ulike registre, eksempelvis Folkeregisteret, som ikke er tilgjengelig for private aktører i sin alminnelighet. På samme måte som for de øvrige felleskomponentene bør det utarbeides klare og objektive vilkår for å vurdere om og i hvilken utstrekning private kan få tilgang og hvordan rettigheter til oppslag i underliggende registre mv skal dokumenteres.

Det kan være relevant å knytte noen særlige betraktning til autorisasjonsregisteret for roller/rettigheter/fullmakter utover det som fremgår av Enhetsregisteret. Vi forstår det slik at Digdir er behandlingsansvarlig for autorisasjonsregisteret. Slike fullmakter vil i mange tilfeller vil være opprettet av andre enn den registrerte selv, f.eks. av daglig leder i en virksomhet. Vi er ikke kjent med detaljene i autorisasjonsregisteret eller hvilke vurderinger som er gjort rundt behandlingsgrunnlaget for slike registreringer eller for utlevering av opplysningene og har derfor ikke tilstrekkelig kunnskap om faktum til å kunne foreta denne vurderingen.

8.5 Fellesspørsmål knyttet til privates bruk av offentlige felleskomponenter

8.5.1 Innledning

Ovenfor har vi redegjort for generelle krav som følger av personvernforordningen mv. samt de enkelte tjenestenes særpreg. I dette punktet vil vi gi en oversikt over sentrale spørsmål vi mener må vurderes i rollen som henholdsvis behandlingsansvarlig og databehandler, i forbindelse med at fellesløsningene eventuelt vurderes å bli tilgjengeliggjort for private. Vi understreker at dette ikke er en uttømmende liste, og at Digdir, som behandlingsansvarlig, også må gjennomføre nødvendige risikovurderinger og for øvrig sørge for å etterleve øvrige krav som følger av personvernforordningen og personopplysningsloven. Når det gjelder vurderinger som behandlingsansvarlig, vil noen av spørsmålene kunne gå litt over i hverandre. Formålet med fremstillingen her er gi en oversikt over hvordan en mer systematisk vurdering kan og bør gjennomføres i konkrete tilfeller.

8.5.2 Vurderinger som behandlingsansvarlig

8.5.2.1 Klargjøring av behandlingsaktiviteter og typer av personopplysninger

Det naturlige utgangspunktet for en personopplysningsrettslig vurdering av privates bruk av offentlige felleskomponenter, vil være å avklare hvilken behandling/hvilke behandlingsaktiviteter som finner sted som del av den aktuelle tjenesten, og hvilken type og mengde av personopplysninger som er omfattet, herunder om det er snakk om personopplysninger underlagt særskilt regulering, eksempelvis fødselsnummer. Vi har foran påpekt at fødselsnummer synes å være i bruk i mange deler av fellestjenestene. For å ta stilling til de kravene som oppstilles i regelverket må det være gjort en tilstrekkelig kartlegging av den/de behandlinger som foregår, da de faktiske forhold vil danne grunnlaget for de rettslige vurderingene som må gjøres. Dersom dette allerede er gjennomført, og tilstrekkelig dokumentert, antar vi det vil være mulig med gjenbruk av de aktuelle kartleggingene.

8.5.2.2 De involverte partenes roller

På samme måte må det klargjøres hvilke roller de involverte partene innehar. Dette er i hovedsak en rettslig vurdering basert på definisjonen av henholdsvis behandlingsansvarlig og databehandler i personvernforordningen. Som vi allerede har sett, vil Digdir ha ulike roller i relasjon til de aktuelle fellestjenestene. Gjennomgående vil Digdir ha en rolle som behandlingsansvarlig for enkelte behandlinger, selv om de for tjenesten i hovedsak opptrer som databehandler. De ulike rollene bør klargjøres og beskrives tydelig, da dette har betydning for hvilke parter som må kunne påvise behandlingsgrunnlag, behovet for å inngå databehandleravtaler mv. I og med at ansvaret for felleskomponentene nokså nylig er samlet hos Digdir, kan det nok også være hensiktsmessig å gjøre en samlet gjennomgang av hvordan tilnærmingen til rollefordeling og oppfyllelse og dokumentasjon av de personopplysningsrettslige grunnkrav er gjennomført på tvers av tjenestene, og hvordan det kommuniseres til tjenesteeierne og de registrerte.

Den registrertes egen rolle i behandlinger som finner sted, er også relevant. Der det er den registrerte selv som initierer den enkelte behandling, vil dette kunne ha betydning f.eks. for spørsmålet om behandlingsgrunnlag.

8.5.2.3 Formål og rettslig grunnlag mv.

Felles for ID-porten, Maskinporten og Altinn er at disse tjenestene ikke er direkte regulert i lov eller forskrift som begrenser formålet med behandling av personopplysninger i tjenestene, i motsetning til hva som er tilfellet med KRR.

Der tjenesten er regulert i lov og/eller forskrift, danner regelverket rammen for hva som vil være lovlig bruk og utvidelse, jf. KRR der både formål, behandlingsgrunnlag og anvendelsesområde er nærmere regulert i lov/forskrift. Selv om de øvrige tjenestene ikke er direkte regulert gjennom lov eller forskrift, er det viktig å ha klarhet i både hva som er formålet med de behandlingsaktiviteter som Digdir som behandlingsansvarlig gjennomfører og hva som er det rettslige behandlingsgrunnlaget, da dette vil kunne ha betydning for adgangen til å utvide tjenesten til private.

Det må særskilt klargjøres om det ved en utvidelse/ny bruk er snakk om en ny innsamling/behandling og/eller er om det er bruk av allerede innsamlede/registrerte personopplysninger for et nytt formål. KKR er et eksempel på en tjeneste der personopplysningene som eventuelt vil bli behandlet i hovedsak er samlet inn fra tidligere, slik at det eventuelt er tale om ny bruk og et nytt formål. Som del av ID-portens autentiseringstjeneste vil det på motsatt side, i liten grad bli behandlet informasjon som allerede er registrert, og det vil dessuten være den registrerte som selv i praksis ber om at behandlingen finner sted.

8.5.2.4 Grunnleggende personvernprinsipper

I sammenheng med en vurdering av formål og rettslig grunnlag, vil det også kunne være relevant å gjøre en vurdering av om ny bruk av tjenesten/ny behandling vil være i tråd med de grunnleggende prinsippene i personvernforordningen artikkel 5. Felles for tjenestene er at de er fellesløsninger som er utviklet og etablert med det klare formål å bistå offentlige virksomheter med å forbedre og effektivisere driften, herunder å bidra til oppfyllelsen av hovedregelen om digital kommunikasjon når forvaltningen kommuniserer med andre. Dette formålet kan få betydning for adgangen til å tilby tjenestene og behandle personopplysninger i relasjon til private aktører, herunder må det vurderes om ny bruk vil være i samsvar med de grunnleggende kravene om saklighet, nødvendighet og formålsbegrensning. Her vil de ulike tjenestene kunne falle ulikt ut, bl.a. ettersom de omfatter ulike typer av personopplysninger og ettersom de har ulik grad av sluttbrukerinvolvering.

8.5.2.5 Digdirs forhold til aktøren som benytter tjenesten

I brukervilkårene vi har gjennomgått synes det lagt til grunn at hver aktør har ansvar for seg og sitt, det vil si at der kunden opptrer som behandlingsansvarlig, så ligger ansvaret for etterlevelse av personopplysningsrettslige krav utelukkende på denne. Rettslig sett er dette et korrekt utgangspunkt, fordi personvernforordningen og personopplysningsloven legger hovedansvaret for etterlevelse av regelverket på hver enkelt behandlingsansvarlig. Innenfor det offentlige vil dette utgangspunktet også styrkes av at andre aktører ofte opptrer i henhold til særskilte krav som de er underlagt i sin virksomhet. Dette er ikke nødvendigvis tilfelle for private aktører, selv om også slike, f.eks. innenfor finansbransjen, er underlagt regulatoriske krav.

Det er like fullt et spørsmål om Digdir på samme måte kan "lene seg tilbake" og forutsette at kunden opptrer i tråd med regelverket, dersom kunden er en privat virksomhet og ikke offentlig. Det vil for eksempel gjennomgående være større adgang til å behandle fødselsnummer innenfor offentlig enn privat sektor, og alle løsninger som medfører behandling av fødselsnummer bør derfor vurderes særskilt med tanke på bruk av private. Tilsvarende gjelder innebygget funksjonalitet/adgang til informasjon som i utgangspunktet er underlagt særskilte begrensninger, som Folkeregisteret. Vi mener uansett det bør gjøres en mer prinsipiell vurdering av de ulike tjenestene med tanke på privat bruk, herunder om Digdir i noen grad skal foreta en sjekk av at de personopplysningsrettslige kravene oppfylles av den private aktøren. Disse vurderingene bør være basert på klare og objektive kriterier. Enkelte sider av dette kan trolig delvis bakes inn i de avtaler/brukervilkår som inngås.

8.5.3 *Vurderinger som databehandler*

Der tjenesten/Digdir opptrer som databehandler er forpliktelsene i det vesentlige knyttet til innholdet i den databehandleravtalen som skal inngås med den/de behandlingsansvarlige og øvrige krav som fremgår av personvernforordningen art 28-33, herunder å gjennomføre en risikovurdering og iverksette egnede informasjonssikkerhetstiltak.

Det er ikke krav om noe selvstendig behandlingsgrunnlag for databehandler utover det behandlingsgrunnlaget som foreligger hos den behandlingsansvarlige i og med at databehandlerens behandling skjer på vegne av den behandlingsansvarlige (og altså ikke for egne formål).

Som databehandler vil Digdir komme i et visst avhengighetsforhold til den behandlingsansvarlige kunden, og det er derfor heller ikke uvanlig at databehandleravtaler inneholder klare bestemmelser om at den behandlingsansvarlige er forpliktet til å etterleve kravene i personvernforordningen, herunder for at det foreligger tilstrekkelig behandlingsgrunnlag. Gitt at det her er tale om ny/privates bruk av det som i utgangspunktet er offentlige felleskomponenter, vil vi anta det foreligger et noe forsterket behov også for Digdir som databehandler, til å forsikre seg om at den behandlingsansvarlige opptrer i henhold til regelverket. Vi kan heller ikke se bort fra at visse tjenester/deler av tjenestene kun bør forbeholdes bestemte private virksomheter som f.eks. har lovlig adgang til å benytte fødselsnummer mv. Som nevnt under avsnittet om Maskinporten ovenfor, anbefaler vi at det utarbeides klare og objektive kriterier for de vurderinger som skal foretas.