

TILLEGGSUTREDNING

DIREKTIV (EU) 2016/2102 OG DIREKTIV (EU) 2019/882

21. juni 2021

INNHOLD

1	INNLEDNING	3
1.1	Mandat og formål.....	3
1.2	Overordnet om relevant regelverk	3
1.3	Opplegget videre	4
2	OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER.....	5
2.1	Nasjonal restkompetanse og handlingsrom	5
2.2	Konsekvenser dersom norsk regelverk anses å være i strid med EØS-retten.....	7
3	HARMONISERINGSGRAD	7
3.1	Innledning.....	7
3.2	Overordnet om harmonisering.....	7
3.3	WADs harmoniseringsgrad	9
3.4	Tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad	9
3.5	Rekkevidden av tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad	13
3.6	Nærmere om harmoniseringsgradens betydning for nasjonalt handlingsrom	15
4	RETTLIGE UTGANGSPUNKTER – RESTRIKSJONSVURDERINGEN	16
4.1	Innledning.....	16
4.2	De relevante frihetene	16
4.2.1	Det frie varebyttet.....	16
4.2.2	Tjenestefriheten	17
4.2.3	Etableringsfriheten.....	17
4.2.4	Oppsummering.....	18
4.3	Rettferdiggjøring av restriksjonen	18
4.3.1	Innledning.....	18
4.3.2	Forfølge et allment hensyn	18
4.3.3	Egnethet	18
4.3.4	Nødvendighet.....	19
4.3.5	Forholdsmessighet i snever forstand	19
5	VURDERING AV NASJONALT HANDLINGSROM	20
5.1	Om adgangen til å opprettholde gjeldende nasjonal lov- og forskriftsregulering	20
5.1.1	Innledning.....	20
5.1.2	Nærmere om relevant regelverk.....	20
5.1.3	Konkret vurdering av nasjonalt handlingsrom for regulering av automater.....	24
5.1.4	Konkret vurdering av nasjonalt handlingsrom for regulering av nettløsninger	29
5.2	Om adgangen til å pålegge private virksomheter krav som følger av WAD.....	33
5.2.1	Innledning.....	33
5.2.2	IKT-forskriftens virkeområde og krav i lys av WAD	34
5.2.3	Overordnet vurdering	37
5.2.4	Grenseflaten mellom WAD og tilgjengelighetsdirektivet.....	41
5.3	Om adgangen til å unnta mikrobedrifter som leverer produkter fra prosessuelle krav	45

1 INNLEDNING

1.1 Mandat og formål

Kulturdepartementet («KUD») har bedt Kluge Advokatfirma AS («Kluge» eller «vi») om å vurdere det EØS-rettslige handlingsrommet for adgangen å videreføre eller innføre nasjonale bestemmelser om universell utforming av IKT-løsninger i lys av de begrensninger som Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2019/882 om tilgjengelighetskrav for produkter og tjenester («tilgjengelighetsdirektivet») og Europaparlaments- og rådsdirektiv (EU) 2016/2102 om tilgjengeligheten af offentlige organers websteder og mobilapplikationer («WAD») setter for det nasjonale handlingsrommet. Denne utredningen er en tilleggsutredning til Kluges utredning av tilgjengelighetsdirektivets innhold og påvirkning på norsk rett som ble publisert 7. juni 2021 («Utredningen»)¹.

Hovedformålet med tilleggsutredningen er å vurdere hvorvidt KUD har et nasjonalt handlingsrom under EØS-avtalen som åpner for å videreføre eksisterende nasjonalt regelverk om universell utforming av IKT-løsninger til tross for at det nasjonale regelverket stiller mer omfattende krav til universell utforming enn hva tilgjengelighetsdirektivet og WAD gjør. I tillegg ønsker KUD en vurdering av om det nasjonale handlingsrommet åpner for en adgang til å utvide WADs virkeområde til private virksomheter som allerede er omfattet av eksisterende nasjonalt regelverk om universell utforming. Til sist har Kommunal- og Moderniseringsdepartementet («KMD») bedt om en vurdering av adgangen til å gjøre avvik fra tilgjengelighetsdirektivets administrative krav for mikrovirksomheter som leverer produkter.

1.2 Overordnet om relevant regelverk

Universell utforming innebærer at alle brukere – uavhengig av sine forutsetninger – på en god og enkel måte skal kunne ta i bruk informasjons- og kommunikasjonstekniske (IKT) løsninger som de møter i hverdagen. Det er dette formålet lovgiver søker å oppfylle gjennom nasjonale reguleringer av plikt til universell utforming.

Likestillings- og diskrimineringsloven² har til formål å fremme likestilling og å hindre diskriminering i alle deler av samfunnet. Det er i dag lovens kapittel 3 som omhandler universell utforming og individuell tilrettelegging, hvor bestemmelsene som regulerer dette er inntatt i §§ 17-23.

IKT-forskriften³ er fastsatt med hjemmel i likestillings- og diskrimineringsloven § 18. Forskriften har som formål å sikre «*universell utforming av informasjons- og kommunikasjonsteknologiske løsninger, uten at det medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten*», jf. § 1 første setning. Plikten til universell utforming gjelder *IKT-løsninger*, noe som i forskriftens § 2 er avgrenset til å være «*nettløsninger, herunder digitale læremidler og automater*». Forutsetningen for at forskriften skal komme til anvendelse er at virksomheten har et nettsted, en applikasjon eller en automat som er rettet mot innbyggere eller kunder («*allmennheten*») i Norge, og at nettstedet, applikasjonen eller automaten brukes til å informere om eller tilby tjenester. Det er imidlertid nylig foretatt endringer i nasjonal lovgivning,⁴ som følge av

¹ Juridisk utredning - Direktiv (EU) 2019/882 ([link](#)).

² Lov av 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering.

³ Forskrift av 21. juni 2013 nr. 732 om universell utforming av informasjons- og kommunikasjonsteknologiske (IKT)-løsninger.

⁴ Lovvedtak 131 (2020–2021) Lov om endringer i likestillings- og diskrimineringsloven mv. (universell utforming av IKT-løsninger). Her fikk blant annet likestillings- og diskrimineringsloven § 18 nytt innhold.

implementeringen av WAD. I tillegg er det ventet ytterligere endringer i nær fremtid som følge av implementeringen av tilgjengelighetsdirektivet.⁵

Tilgjengelighetsdirektivet er vedtatt som en del av EUs «*A Digital Single Market Strategy for Europe*». Strategien har et overordnet mål om at det skal leveres bærekraftige økonomiske og sosiale ytelser i et digitalt indre marked, som igjen skal forenkle handel og fremme sysselsettingen i EU, jf. fortalens punkt 11. Direktivet har både et indre markedsperspektiv og et rettighetsperspektiv. Direktivets indre markedsperspektiv handler om å bedre rammebetingelsene for næringslivet ved å harmonisere medlemsstatenes lover på området for universell utforming og dermed sikre fri flyt av produkter og tjenester som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivets virkeområde.

WAD er EUs webdirektiv om universell utforming av offentlige nettsteder og mobilapplikasjoner. WAD oppstiller i stor grad samme krav som allerede var gitt i Norge for nettløsninger og mobilapplikasjoner gjennom IKT-forskriften, men innfører også flere nye krav. WAD gjelder kun for offentlige virksomheter, men det fremgår av høringsnotatet at departementet ønsket å innføre de samme kravene som følger av WAD også for virksomheter i privat sektor som jevnlig sysselsetter mer enn 50 ansatte.⁶ Departementet gikk imidlertid bort fra dette under henvisning blant annet til at det måtte gjøres en vurdering av om tilgjengelighetsdirektivet oppstiller absolutte grenser for hvilke krav som kan pålegges markedsaktørene.

Tilgjengelighetsdirektivet har altså en grenseflate mot WAD, selv om tilgjengelighetsdirektivets virkeområde er betydelig større. Tilgjengelighetsdirektivet omfatter en rekke produkter, og en rekke tjenester, som tilbys av både offentlige og private tjenestetilbydere. WAD regulerer nettsteder og mobilapplikasjoner, men begrenser også dette til å gjelde offentlige nettsteder. Samtidig innebærer kravene i WAD at det er overlapp mellom de to direktivene på noen punkter, det vil si de punktene hvor tilgjengelighetsdirektivet stiller krav til produkter og tjenester som tilbys av tjenesteytere som også er offentlige i WADs forstand.

Nasjonalt regelverk går på flere punkter *lenger* enn tilgjengelighetsdirektivet og WAD i å sikre at produkter og tjenester til personer med nedsatt funksjonsevne skal være universelt utformet. Med andre ord har nasjonal lovgiver lagt opp til et høyere beskyttelsesnivå enn hva som er tilfellet på EU-nivå. Gjennomføringen av WAD og tilgjengelighetsdirektivet reiser dermed spørsmål ved om det nasjonale beskyttelsesnivået kan opprettholdes. Dersom aspektene av norsk regelverk *fullt ut* må harmoniseres med EU-regelverket, betyr det at det nasjonale beskyttelsesnivået ikke kan opprettholdes på enkelte områder. Det er derfor av betydning å undersøke hvorvidt det EØS-rettslige handlingsrommet åpner for å opprettholde nasjonal lovgivning som gir et høyere beskyttelsesnivå for universell utforming enn hva EU-lovgiver har lagt opp til.

1.3 Opplaget videre

Denne tilleggsutredningen er bygget opp slik at vi innledningsvis i punkt 3 foretar en vurdering av direktivenes såkalte *harmoniseringsgrad*. Harmoniseringsgraden er avgjørende for hvorvidt Norge har et handlingsrom til å vedta nasjonal lovgivning eller gjennomføre andre tiltak som avviker fra direktivene. Direktivene kan med andre ord *i seg selv* begrense det nasjonale handlingsrommet. Dersom direktivet åpner for at det kan vedtas strengere, nasjonale krav til tilgjengelighet, er imidlertid det nasjonale

⁵ KUDs forslag er nå på høring med høringsfrist 7. september 2021 ([link](#)).

⁶ Se Høring – nye krav til universell utforming av nettsteder og mobilapplikasjoner for offentlige og private virksomheter, 10. september 2019 ([link](#)).

handlingsrommet også begrenset av primærretten. Det betyr at det nasjonale handlingsrommet, utenfor begrensningen som direktivene i seg selv setter, også innskrenkes av EØS-avtalens regler om de fire friheter.

I punkt 4 oppstiller vi derfor de rettslige utgangspunktene for de relevante vurderingene som må gjøres i lys av EØS-avtalens regler om de fire friheter, før vi i punkt 5 foretar de konkrete vurderingene knyttet til spørsmålene stilt av KUD og KMD. I punkt 5.1 vurderes adgangen til å opprettholde gjeldende nasjonal lov- og forskriftsregulering på området for universell utforming, mens vi i punkt 5.2 drøfter adgangen til å utvide kravene som stilles i WAD til private virksomheter. Til sist, i punkt 5.3 undersøker vi rekkevidden av tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad for prosessuelle krav til mikrobedrifter som leverer produkter.

I punkt 2 har vi tatt inn en oppsummering av våre funn og konklusjoner. I tillegg redegjør vi kort for konsekvensene dersom nasjonal lovgivning om universell utforming anses å være i strid med EØS-retten.

Vi gjør også oppmerksom på at denne utredningen har blitt skrevet i løpet av en kort tidsperiode. Å foreta en konkret vurdering knyttet til alle tenkelige EØS-rettslige aspekter som gjør seg gjeldende ved gjennomføringen av tilgjengelighetsdirektivet og WAD i nasjonalt regelverk har derfor ikke vært mulig. Der det er behov for ytterligere konkretisering for å kunne gi et klart svar på hvorvidt KUD har et nasjonalt handlingsrom til å gjennomføre et aktuelt tiltak har vi imidlertid forsøkt å skissere den relevante EØS-rettslige vurderingen som må foretas i den forbindelse.

2 OPPSUMMERING OG KONKLUSJONER

2.1 Nasjonal restkompetanse og handlingsrom

Denne utredningen viser at vi vurderer det slik at tilgjengelighetsdirektivet er *totalharmoniserende* for de produkter og tjenester som faller innenfor dets saklige virkeområde. Dette innebærer at produktene og tjenestene som er omfattet av direktivet, herunder nettløsningene og automatene som ligger under direktivets virkeområde, er uttømmende regulert av kravene som stilles i direktivet. Det kan altså ikke oppstilles strengere tilgjengelighetskrav for disse varene og tjenestene i norsk rett.

For produkter og tjenester EU-lovgiver *ikke* har sett det hensiktsmessig å regulere i tilgjengelighetsdirektivet, er vår vurdering at medlemsstatene har en restkompetanse til å stille tilgjengelighetskrav til disse. Dette innebærer at det i prinsippet er adgang til å beholde eller innføre strengere tilgjengelighetskrav for varer og tjenester som *ikke* omfattes av tilgjengelighetsdirektivet. Forutsetningen er imidlertid at en lov- eller forskriftsregulering som stiller strengere tilgjengelighetskrav ikke utgjør en ulovlig restriksjon på det frie vare-/tjenestebyttet eller en etableringshindring som ikke kan rettferdiggjøres.

Virkingen av at tilgjengelighetsdirektivet er totalharmoniserende innebærer mer konkret at det etter vår oppfatning ikke kan stilles øvrige tilgjengelighetskrav til automatene som er omfattet av direktivets virkeområde. Motsetningsvis vil det for varer og tjenester som ikke er omfattet av direktivet være en viss anledning til å stille tilgjengelighetskrav. For disse varene og tjenestene må det foretas en vurdering av om slike tilgjengelighetskrav kan komme i konflikt med primærretten, altså om kravene kan utgjøre en restriksjon på det frie varebyttet. Herunder må det vurderes om tiltaket utgjør en restriksjon. Om det er tilfelle må det vurderes om tiltaket (1) forfølger et allment hensyn, er (2) egnet til å ivareta hensynet, er (3) nødvendig for å oppnå hensynet opp til ønsket beskyttelsesnivå og er (4) forholdsmessig i snever forstand.

Vi vurderer det som overveiende sannsynlig at tiltak i denne relasjon vil utgjøre en restriksjon på det frie varebyttet. Likefullt er vi av den oppfatning at hensynet til å sikre tilgjengelighet for personer med

funksjonsnedsettelse er et allment hensyn som kan begrunne restriksjonen. Tiltaket fremstår også som egnet for å nå dette målet. Når det gjelder vurderingen av nødvendighet og forholdsmessighet i snever forstand, blir disse utpreget konkrete av natur, og det er derfor vanskelig å gi en generell konklusjon. Det vises derfor til de nærmere redegjørelsene for disse vilkårene i punkt 5.1.3.

Vår vurdering er videre at implementeringen av tilgjengelighetsdirektivet innebærer at det *må* innføres unntak for mikrobedrifters nettløsninger, hva gjelder levering av tjenestene som omfattes av direktivet. Etter en tolkning av direktivet og øvrige rettskilder, fremstår det som mest sannsynlig at direktivets totalharmoniserende virkning kan sies å omfatte unntaket for disse mikrobedriftene i direktivet artikkel 4 nr. 5. Løsningen fremstår imidlertid som svært usikker, og vi anbefaler derfor at spørsmålet avklares med ESA og/eller Kommisjonen, jf. til sist i dette punktet.

WAD er uttrykkelig angitt som et minimumsharmoniseringsdirektiv. Det nasjonale handlingsrommet til å innføre tilsvarende krav som følger av WAD for private virksomheter, vurderer vi likevel slik at det er begrenset i to henseender. For det første stiller tilgjengelighetsdirektivet en absolutt begrensning for hvilke krav som kan innføres for virksomheter som tilbyr produkter og tjenester som er underlagt tilgjengelighetsdirektivets virkeområde, for de tilfellene at disse produktene og tjenestene tilbys. For det andre mener vi at også primærretten sannsynligvis vil utgjøre en begrensning for lovgivers handlingsrom. I hvilken utstrekning primærretten vil utgjøre en begrensning, må imidlertid vurderes konkret under hensyntaken til hvorvidt et tiltak er egnet, nødvendig og forholdsmessig i lys av formålet om å sikre at personer med funksjonsnedsettelse skal ha mulighet til å delta i samfunnet på en likeverdig måte. Vår vurdering er dermed at lovgiver har en restkompetanse til å pålegge også private virksomheter tilgjengelighetskrav, men etter all sannsynlighet vil ikke WADs virkeområde EØS-rettslig sett kunne utvides til *alle* private virksomheter uten en nærmere differensiering.

Når det gjelder adgangen til å gjøre unntak for andre krav som innebærer administrative byrder enn kun dokumentasjonskrav, for mikrovirksomheter som handler med produkter, er vår vurdering at mikrovirksomheter ikke kan unntas øvrige administrative byrder under artikkel 14 enn hva som er uttrykkelig fastsatt i denne bestemmelsen. Når det gjelder adgangen til å gjøre unntak for øvrige administrative krav er vi av den oppfatning at det følger en viss adgang til dette av artikkel 16 nr. 2. Denne unntaksadgangen åpner etter vår vurdering for at mikrovirksomheter og små og mellomstore virksomheter, etter en nærmere vurdering, kan unntas tekniske dokumentasjonskrav i forbindelse med utarbeidelse av samsvarserklæringer. For andre administrative byrder, slik som kontrollkrav og CE-merking, er vår vurdering av tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende virkning forhindrer ytterligere unntak.

Konklusjonene vi har skissert her, er beheftet med noe usikkerhet ut fra det rettskildebildet som foreligger. Vi mener av den grunn at det vil være hensiktsmessig med en nærmere dialog med EFTAs overvåkningsorgan («**ESA**») om hvorvidt det nasjonale handlingsrommet åpner for å videreføre eller innføre nasjonale bestemmelser om universell utforming av IKT-løsninger i lys av de begrensninger som tilgjengelighetsdirektivet og primærretten synes å stille.

Selv om ESA er det relevante overvåkningsorganet når det gjelder Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, gir Kommisjonens rolle i utformingen av direktivteksten også denne en sentral rolle når det gjelder forståelsen av innholdet i direktivet også for EØS-statene. Kommisjonens sentrale rolle synes å være forutsatt i Draft Document on Transposition of the European Accessibility Directive (Directive 2019/882). Her følger det at dersom en medlemsstat ønsker å innføre strengere krav enn det tilgjengelighetskravet fastsetter, skal de nasjonale tiltakene notifiseres til Kommisjonen. Kommisjonen vil deretter evaluere tiltaket og hvorvidt dette utgjør en restriksjon hva gjelder markedsadgangen (og presumtivt hvorvidt denne restriksjonen eventuelt er lovlig eller ei). Vi understreker at dette dokumentet er kategorisert som uformelt,

og ikke bindende. Etter vår vurdering vil det likevel være nyttig å ha en dialog med Kommisjonen om videreføringen av gjeldende nasjonalt regelverk om universell utforming av IKT-løsninger.

Vi antar også at det vil være i Norges interesse å ha kunnskap om hvordan EUs medlemsstater tolker direktivets krav på dette punkt, og også hvordan Kommisjonen måtte vurdere eventuelle nasjonale tiltak. Dette vil kunne ha betydning også for vurderingen av eventuelle norske nasjonale tilleggskrav og ESAs tolkning av disse. Vi understreker imidlertid at direktivet ikke fastsetter noen regel om notifikasjon til Kommisjonen av slike tiltak.

Rettskildebildet på området er begrenset, og det hefter derfor tvil rundt konklusjonene i denne tilleggsutredningen. Vår generelle anbefaling er derfor at spørsmålene og grensetilfellene avklares med ESA, enten gjennom uformelle henvendelser, eller gjennom notifisering etter EØS-høringsloven § 4. Vi er av den oppfatning at tilgjengelighetskrav som går utover det som følger av implementeringen av tilgjengelighetsdirektivet i norsk rett vil innebære en plikt til ny notifisering, jf. EØS-høringsloven § 4 annet ledd. I alle tilfeller fremstår slik notifisering som hensiktsmessig.

2.2 Konsekvenser dersom norsk regelverk anses å være i strid med EØS-retten

Hvis ESA eller en domstol - mot formodning - skulle komme til at en videreføring av dagens regelverk for universell utforming av IKT-løsninger er i strid med EØS-retten, eller dersom det på et senere tidspunkt vedtas lovgivning som utvider WADs virkeområde til å omfatte private virksomheter, er den sannsynlige konsekvensen at Norge vil være forpliktet til å endre eksisterende regelverk eller reversere nytt regelverk innenfor en nærmere fastsatt tidsfrist.

Det kan ikke utelukkes at uriktig implementering kan lede til erstatningsansvar overfor virksomheter som er pålagt for «streng» tilgjengelighetskrav. Risikoen for dette synes imidlertid begrenset ettersom det ikke er lagt opp til håndhevingsmekanismer knyttet til dette i selve direktivet

3 HARMONISERINGSGRAD

3.1 Innledning

Hvorvidt det er et handlingsrom for en medlemsstat til å vedta nasjonal lovgivning eller gjennomføre andre tiltak som avviker fra et direktiv, beror på direktivets generelle harmoniseringsgrad. Som et første ledd i vurderingen av det EØS-rettslige handlingsrommet må derfor direktivets harmoniseringsgrad fastlegges.

I det følgende skal vi først redegjøre generelt for harmonisering og hvordan man avgjør et direktivs harmoniseringsgrad. Deretter går vi over i en konkret vurdering av hvilken harmoniseringsgrad EU-lovgiver har fastsatt for henholdsvis WAD og tilgjengelighetsdirektivet. Til sist i dette punktet oppsummerer vi våre funn, samt forklarer hvilken betydning det har for den videre vurderingen av det nasjonale handlingsrommet.

3.2 Overordnet om harmonisering

Direktiver er ment å virke inn på norsk og annen nasjonal lovgivning. For at dette formålet skal kunne realiseres, forutsettes det en viss grad av *harmonisering* av de rettsreglene som fremgår av det aktuelle direktivet og norsk rett. Dette er langt på vei essensen av EØS-avtalen artikkel 7. Her fremgår det at rettsakter skal være «*bindende for avtalepartene og [...] gjøres til del av deres interne rettsorden*». For direktiver, som er én type rettsakt, følger det videre av bokstav b at man skal «*overlate til avtalepartenes myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen*». Det betyr at medlemsstatene ikke er

bundet til å gjennomføre et direktiv *etter sin ordlyd*, men at det er rom for at norske lov- eller forskriftstekster som gjennomfører direktivet vil være noe forenklet og omstrukturert mv.

Plikten til harmonisering retter seg for direktivenes vedkommende mot *innholdet* i rettsreglene og ikke deres form.⁷ Det betyr at det er norsk rett, tolket i tråd med vanlig juridisk metode, som skal samsvare med det rettslige innholdet i et EU-direktiv, tolket i tråd med EU-/EØS-rettslig metode.

Man kan skille mellom tre forskjellige grader av harmonisering: *totalharmoniseringsdirektiver*, *minimumsharmoniseringsdirektiver* og direktiver som inneholder *både total- og minimumsharmoniserende bestemmelser*.

Totalharmoniserende direktiver er direktiver som oppstiller absolutte grenser for hvilke regler man skal ha i norsk rett innenfor det som omfattes av direktivets virkeområde. Det betyr at man ikke kan vedta regler som avviker fra den normen som oppstilles i direktivet, verken slik at det kan stilles lempeligere krav eller slik at det kan stilles strengere krav.⁸ *Minimumsharmoniserende* direktiver oppstiller derimot kun et minimumsnivå som norsk rett må oppfylle. Dette innebærer at medlemsstatene ikke kan oppstille lempeligere krav enn det som fremgår av direktivet, men det kan stilles strengere krav. Strengere krav fordrer imidlertid at slike krav ikke utgjør en ulovlig restriksjon på de fire friheter.⁹ Av den grunn må EØS-lovligheten av kravene vurderes konkret. Det tredje alternativet er de tilfellene hvor et direktiv ikke fullt ut kan kategoriseres som verken *total- eller minimumsharmoniserende*. I slike tilfeller kan direktivet både ha bestemmelser som er å anse som totalharmoniserende og minimumsharmoniserende, og hver enkelt bestemmelse i direktivet må tolkes for å avgjøre hvorvidt det er tillatt å stille strengere krav eller om bestemmelsen skal anses for å uttømmende regulere rammene for hvilke krav som kan stilles. For bestemmelsene som vurderes å være minimumsharmoniserende, er det også i et slikt tilfelle kun tillatt å stille strengere krav som ikke utgjør en ulovlig restriksjon på de fire friheter.

Spørsmålet om hvorvidt et direktiv er et totalharmoniserende direktiv, et minimumsharmoniserende direktiv eller et direktiv som inneholder både totalharmoniserende og minimumsharmoniserende regler, beror på en tolkning av direktivet. Her vil flere momenter kunne tillegges vekt.

For det første fremgår det ofte uttrykkelig av direktivet, og da typisk dets fortale, hvorvidt det er snakk om et totalharmoniserende eller minimumsharmoniserende direktiv. Dersom dette er tilfelle, kan det nærmest uten videre legges til grunn at direktivet er enten det ene eller det andre.

Dersom det ikke fremgår uttrykkelig av direktivet, må det foretas en bredere tolkning. Her vil det kunne legges vekt på øvrige uttalelser i direktivets fortale, samt direktivets formål og hjemmelsgrunnlag. Det vil også kunne ha en viss vekt hvorvidt Kommisjonen eller andre EU-organer i løpet av direktivets vedtakelsesprosess har gitt uttrykk for at direktivet skal anses som totalharmoniserende, minimumsharmoniserende, eller som å inneha regler av begge typer.

I lys av dette må både WAD og tilgjengelighetsdirektivet tolkes for å avgjøre hvilken harmoniseringsgrad direktivene gir anvisning på. Vi vil først kort se på WADs harmoniseringsgrad, for deretter å foreta en vurdering av tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad.

⁷ Dette stiller seg annerledes for forordninger, som etter EØS-avtalen artikkel 7 bokstav a «*som sådan*» skal gjøres til del av den norske interne rettsordenen.

⁸ Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave (2011) s. 299-300.

⁹ Se f.eks. EU-domstolens forente saker C-34/95 og C-36/95 *de Agostini*.

3.3 WADs harmoniseringsgrad

Som nevnt i over i punkt 3.2, fremgår det ofte uttrykkelig av direktivet hvilken harmoniseringsgrad EU-lovgiver har bestemt. Nettopp dette er tilfellet for WAD. Direktivets artikkel 2 har overskriften «Minimumsharmonisering» og av bestemmelsen følger det at:

«[m]edlemsstatene kan opretholde eller indføre foranstaltninger, der er i overensstemmelse med EU-retten, og som går videre end de minimumskrav til websteders og mobilapplikationers webtilgængelighed, der er fastsat i dette direktiv.»

Det er altså, slik vi ser det, klart at EU-lovgiver med WAD har gitt et minimumsharmoniseringsdirektiv. Som nevnt innebærer dette at medlemsstatene ikke kan oppstille lempeligere krav enn det som fremgår av direktivet, mens det derimot kan stilles strengere krav. Medlemsstatene har dermed adgang til å videreføre eller innføre nye regler som går lenger enn hva direktivets krav gjør. Det er imidlertid et vilkår at kravene er i overensstemmelse med øvrig EU-rett, noe vi kommer tilbake til nedenfor.

3.4 Tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad

For tilgjengelighetsdirektivets vedkommende er det imidlertid ikke uttrykkelig fastsatt i direktivet om det dreier seg om et totalharmoniserings- eller et minimumsharmoniseringsdirektiv. Det må dermed foretas en bredere tolkning av direktivet for å fastslå om det på *generelt grunnlag* kan karakteriseres som det ene eller det andre. Dersom det *ikke* kan identifiseres noen mer eller mindre klare holdepunkter for det ene eller det andre, må det som vi skisserte innledningsvis, foretas en konkret vurdering av hvorvidt den enkelte bestemmelse inneholder totalharmoniserende eller minimumsharmoniserende regler.

Når det gjelder tilgjengelighetsdirektivets *formål*, fremgår dette av direktivets artikkel 1 hvor det står:

«Formålet med dette direktiv er at bidrage til et velfungerende indre marked gennem indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser for så vidt angår tilgængelighedskrav for visse produkter og tjenester, navnlig ved at fjerne og forhindre barrierer, der skyldes divergerende tilgængelighedskrav i medlemsstaterne, for den frie bevægelighed for de produkter og tjenester, der er omfattet af dette direktiv.»¹⁰

Som det fremgår, er direktivets formål å sikre harmonisering av nasjonale regler som gjelder tilgjengelighetskrav, for derigjennom å sikre fri flyt av varer og tjenester. Uten slike harmoniserte regler kan det oppstå forskjeller mellom medlemslandenes regler om tilgjengelighetskrav. Disse forskjellene kan igjen medføre at varer som produseres i ett land, ikke kan selges i et annet, fordi det er strengere krav til tilgjengelighet i staten som importerer varen. På samme måte kan det medføre at tjenester som tilbys i ett land, ikke kan tilbys i ett annet.

Videre i direktivets fortale redegjøres det nærmere for betydningen av dette formålet. Avslutningsvis i fortalens punkt 5 pekes det for eksempel på at små og mellomstore bedrifter («**SMB**») og mikrovirksomheter «*i særlig grad [er] påvirket av disse barrierer*». I fortalens punkt 6 fremholdes det:

«Som følge af forskellene mellem de nationale tilgængelighedskrav afskrækkes navnlig individuelle erhvervsdrivende, SMV'er og mikrovirksomheder fra at etablere en virksomhed uden for deres eget hjemmemarked. De nationale eller endog regionale eller lokale tilgængelighedskrav, som medlemsstaterne har indført, er i øjeblikket forskellige, både hvad angår dækning og detaljeringsgrad. Disse forskelle har en negativ indvirkning på konkurrenceevne og vækst som følge

¹⁰ Se også fortalens punkt 1.

af de ekstra omkostninger, der er forbundet med udvikling og markedsføring af tilgængelige produkter og tjenester for hvert nationalt marked.»

Videre begrunnes formålet om harmonisering av nasjonale regler som gjelder tilgjengelighetskrav i et forbrukerperspektiv. Dette fremgår av fortalens punkt 7:

«Forbrugere af tilgængelige produkter og tjenester og af kompenserende teknologier oplever høje priser på grund af begrænset konkurrence mellem leverandørerne. Uensartede regler i medlemsstaterne reducerer de potentielle fordele ved at dele erfaringer med nationale og internationale fagfæller vedrørende reaktionen på den samfundsmæssige og teknologiske udvikling.»

Deretter «konkluderes» det angående direktivets sentrale formål i fortalens punkt 8:

«En indbyrdes tilnærmelse af de nationale foranstaltninger på EU-plan er derfor nødvendig for et velfungerende indre marked og for at sætte en stopper for fragmentering af markedet for tilgængelige produkter og tjenester, skabe stordriftsfordele, lette grænseoverskridende handel og mobilitet samt hjælpe de erhvervsdrivende med at koncentrere ressourcerne om innovation i stedet for at anvende disse ressourcer til at dække udgifter, som opstår på grund af uensartet lovgivning i hele Unionen.»

At et velfungerende indre marked og grenseoverskridende handel av varer og tjenester er direktivets fremste formål, støttes av uttalelser i direktivets forarbeider, hvor det i punkt 1.1 som gjelder «[f]orslagets målsætninger og baggrund» blant annet står:

«Forslaget har til formål at bidrage til at forbedre det indre markeds funktion og fjerne og forebygge barrierer for den frie bevægelighet for tilgængelige produkter og tjenesteydelser.»¹¹

Videre fremgår det i samme punkt på side 3:

«Disse ikke-harmoniserte nationale tilgange til tilgjengelighet skaber barrierer på det indre marked. Udbydere, der driver virksomhed på tværs af grænserne, får ekstra produktionsomkostninger forbundet med overholdelsen af forskjellige tilgjengelighetsregler. Konkurrencen, konkurrencedygtigheden og den økonomiske vækst bliver hæmmet, fordi virksomhederne, navnlig SMV'erne, muligvis mangler viden og kapasitet til at sætte sig ind i alle de forskellige nationale krav og procedurer og anvende disse. [...]»

Helt avslutningsvis i punktet, fremdeles på side 3, konkluderes det på følgende vis:

«Harmonisering af de nationale foranstaltninger vedrørende tilgjengelighet foreslås som en nødvendig forudsætning for at fjerne de lovgivningsmæssige forskelle.»

Formålet om å sikre fri bevegelighet av varer og tjenester har gitt seg konkret utslag i direktivet i form av artikkel 6, som nettopp bærer overskriften «Fri bevegelighet».¹² Artikkelen slår fast at medlemsstatene ikke må «forhindre tilgjengeliggjørelsen på markedet af produkter eller leveringen af tjenester på deres område, som oppfyller kravene i dette direktiv, af grunde, der vedrører tilgjengelighetskrav». Dette innebærer etter vår oppfatning at medlemsstatene nettopp ikke kan innføre strengere krav til produkter

¹¹ COM(2015) 615 final, datert 2. desember 2015 ([link](#)), s. 2.

¹² Se også fortalens punkt 48.

og tjenester som omfattes av direktivet, enn det som følger av direktivet. Dette medfører i seg selv langt på vei at direktivets krav er å anse som totalharmoniserende, og at det ikke åpnes for strengere nasjonale krav til tilgjengelighet.

Videre underbygges oppfatningen om at tilgjengelighetsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv, av at direktivets formål, som beskrevet i dets artikkel 1 og fortalen som nevnt, vanskelig kan oppnås gjennom at det oppstilles minimumsharmoniserende regler. Årsaken er at medlemsstatene ved en minimumsharmonisering har adgang til å stille strengere regler enn hva som følger av direktivet, noe som betyr at det åpnes for å videreføre de «*divergerende tilgjengelighetskrav i medlemsstatene*» ved gjennomføringen av direktivet. Som illustrert i fortalens punkter gjengitt ovenfor, oppstår det en risiko for at det indre markedet begrenses så fremt medlemsstatene har adgang til å stille ulike tilgjengelighetskrav. Ettersom tilgjengelighetsdirektivets formål er å unngå nettopp dette, trekker dette etter vår vurdering ganske klart i retning av at det er tale om et totalharmoniseringsdirektiv. Som vi vil komme tilbake til, virker dette hensynet å ha vært en betydelig del av drivkraften for EU-lovgiver ved vedtakelsen av direktivet. Når et hensyn er så klart uttrykket i direktivets tekst, er vår vurdering at dette vil være av avgjørende betydning for spørsmålet om tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad.

Hensynet til fri bevegelse av varer og tjenester er imidlertid ikke det eneste formålet med tilgjengelighetsdirektivet. Direktivet også et «*rettighetsperspektiv*» i den forstand at det skal «*bidra til at personer med funksjonsnedsettelse blir bedre inkludert i samfunnet og at det er enklere for dem å leve et selvstendig liv*», jf. Utredningen på side 8 og 13. Dette følger blant annet av direktivets fortale punkt 2:

«Efterspøringslen etter tilgjengelige produkter og tjenester er stor, og antallet af personer med handicap forventes at stige betydeligt. Et miljø, hvor produkter og tjenester er mere tilgjengelige, giver et mere inklusivt samfund og gør det lettere for personer med handicap at leve uafhængigt. I denne forbindelse bør det erindres, at flere kvinder end mænd i Unionen har et handicap.»

Dette formålet kan i en viss forstand sies å trekke i motsatt retning av formålet om fri flyt av varer og tjenester. Mens formålet om fri flyt av varer og tjenester trekker i retning av at reglene må harmoniseres, trekker rettighetsperspektivet i retning av at direktivet kun er å anse som en minimumsharmonisering. Slik kan statene fritt fastsette strengere krav til utformingen av varer og tjenester som i større grad bidrar til at personer med funksjonsnedsettelse blir bedre inkludert i samfunnet og til at det er enklere for dem å leve selvstendige og uavhengige liv.

Selv om dette rettighetsperspektivet må tillegges en viss vekt ved vurderingen av hvorvidt direktivet er å anse som et total- eller minimumsharmoniserende direktiv, er det av betydning at rettighetsperspektivet fremstår som underordnet formålet om fri flyt av varer og tjenester. Rettighetsperspektivet er ikke nevnt i direktivets formålsbestemmelse i artikkel 1 og det er kun i beskjeden grad kommunisert i direktivets fortale og forarbeider. Vår vurdering er derfor at rettighetsperspektivet ikke utgjør et tilstrekkelig tungtveiende argument for at tilgjengelighetsdirektivet er å anse som et minimumsharmoniserende direktiv.

Et tredje alternativ er som nevnt at det ikke kan slås fast at direktivet som sådan er total- eller minimumsharmoniserende, men at det må gjøres en konkret vurdering og tolkning av hver enkelt artikkel i direktivet. Uttalelser i et internt EU-dokument,¹³ som vist til i Utredningen på side 136, trekker i retning av at tilgjengelighetsdirektivet må forstås på denne måten. På side 3 i dokumentet er det stilt følgende spørsmål til Kommisjonen:

¹³ Draft Document on Transposition of the European Accessibility Act, juni 2020.

«Is it possible to establish a clear distinction between the requirements where MS [Member State] can go beyond the requirements of the Directive, and the elements that should be strictly aligned to the Directive in order not to create discrepancies in the internal market?»

Spørsmålet besvares deretter av Kommissjonen på følgende måte:

*«The text of the Directive should be the basis for interpretation and therefore such questions can **only be decided case by case** – when a MS wants to adopt a measure that goes beyond the Directive, it will notify it to the Commission, which will then evaluate whether the measure presents an internal market barrier or not. This does not apply to the elements of the Directive which are strictly voluntary, in which case it is the MS which decides whether to implement them and how ambitious to be.»* (vår utheving).

Uttalelsene gir klart uttrykk for at direktivet som sådan ikke er å anse som enten total- eller minimumsharmoniserende, men at det må gjøres en tolkning av direktivets tekst og avgjøres «*case by case*» hvorvidt det kan innføres strengere nasjonale krav enn det som følger av direktivet eller ikke. Det fremgår videre at dersom en medlemsstat ønsker å innføre tiltak som er strengere enn det som følger av direktivet, skal det notifiseres til Kommissjonen, som deretter skal foreta en vurdering av om tiltaket utgjør en restriksjon eller ikke.

Som det fremgår av Utredningen på side 136 dreier det seg imidlertid om et uformelt og ikke-bindende notat som er et resultat av en diskusjon mellom de nasjonale kontaktpunktene om gjennomføringen av direktivet. Dette presiseres på side 1 i notatet:

«This is an informal, non-binding document with questions and answers, presenting the results of discussions in the informal meetings with national contact points on transposition of the European Accessibility Act (Directive 2019/882 EU).»

Den rettskildemessige vekten av dette notatet er dermed begrenset når det kommer til å fastlegge tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad, og det kan stilles spørsmål ved om notatet i det hele tatt kan tillegges noen vekt. Under enhver omstendighet vil direktivets formål og uttalelser i direktivets fortale, være av langt større betydning ved fastleggelsen av harmoniseringsgraden.¹⁴

Vi nevner også at det i den svenske offentlige utredningen om tilgjengelighetsdirektivet¹⁵ er lagt til grunn at direktivet er totalharmoniserende, jf. side 86: *«Tillgänglighetsdirektivet är ett fullharmoniserande direktiv vad avser de produkter och tjänster som omfattas av direktivets tillämpningsområde.»* Begrunnelsen for dette standpunktet er gitt på side 87-88:

«Tillgänglighetsdirektivet innehåller uttryckliga bestämmelser om att medlemsstaterna måste medge fri rörlighet för de produkter och tjänster som uppfyller direktivets krav (artikel 6) och om att marknadsstillträde inte får medges för produkter eller tjänster som inte uppfyller kraven (artikel 4). Någon bestämmelse om att medlemsstaterna får bibehålla eller införa åtgärder i enlighet med unionsrätten som går utöver direktivets minimikrav återfinns inte i direktivet. Enligt utredningens

¹⁴ I Fredriksen og Mathisen, *EØS-rett*, 3. utgave (2018) fremgår det i note 45 på s. 30 at der harmoniseringsspørsmålet byr på tvil, vil spørsmålet «*først bli avklart ved at EU-domstolen tar stilling til tolkningsspørsmålet*». EU-domstolen har liten tradisjon for å legge vekt på uformelle EU-notater ved avgjørelsen av rettsspørsmål generelt, og tilsvarende lang tradisjon for å legge vekt på formålsbetraktninger, sml. bl.a. prinsippet om «*effet utile*», se for eksempel forente saker C-402/07 og 432/07 *Sturgeon* premiss 47.

¹⁵ SOU 2021:44 *Betänkande av Utredningen om genomförandet av tillgänglighetsdirektivet*.

bedömning kan tillgänglighetsdirektivet således inte definieras som något annat än ett direktiv som avser total harmonisering avseende de produkter och tjänster som omfattas av direktivets tillämpningsområde.»

Begrunnelsen er altså todelt. For det første pekes det på at direktivets sentrale bestemmelser (artikkel 4 og 6) vitner om at direktivet er totalharmoniserende. Dette er vi enig i hva gjelder artikkel 6, slik vi har redegjort for ovenfor. Artikkel 4 er derimot etter vårt syn mer åpen for tolkning. Her fremgår det av nr. 1 at medlemsstatene skal sikre at «*de erhvervsdrivende **kun** bringer produkter i omsætning og **kun** yder tjenester, som oppfyller tilgjengelighetskravene i bilag I [...]*». Videre fremgår det av nr. 2 at «*[a]lle produkter **skal opfylde** de tilgjengelighetskrav, der er fastsat i bilag I, afdeling I*». (våre uthevinger). Etter vår oppfatning er det mulig å lese disse artiklene isolert både slik at det stilles krav om totalharmonisering hva gjelder tilgjengelighetskrav, og slik at det kun stilles krav om minimumsharmonisering. Denne uklarheten løses imidlertid i artikkel 6 som etter vår oppfatning klart gir uttrykk for at tilgjengelighetskravene må totalharmoniseres av hensyn til å sikre fri bevegelse.

For det andre pekes det i SOU'en på at direktivet ikke inneholder noen indikasjoner på at det kun er snakk om et minimumsharmoniserende direktiv. Dermed sluttet det tilsynelatende antitetisk fra dette til at direktivet er totalharmoniserende. Som kjent skal man i alminnelighet være forsiktig med antiteser i rettsvitenskapen, men etter vår vurdering er det en viss dekning for dette synspunktet når det gjelder spørsmålet om harmonisering. Det er nemlig langt vanligere at det presiseres i et direktivs fortale at det dreier seg om et minimumsharmoniserende direktiv, enn at det presiseres at det dreies seg om et totalharmoniserende direktiv. Dermed kan det ved fraværet av en slik presisering sies å foreligge en viss presumsjon for at direktivet er totalharmoniserende (eller i alle fall ikke minimumsharmoniserende).¹⁶

SOU'ens begrunnelse fremstår sammenfatningsvis som akseptabel, og tilfører noen elementer som forsterker det allerede etablerte inntrykket om at tilgjengelighetsdirektivet er å anse som et totalharmoniserende direktiv.

Dette er også vår konklusjon. I lys av det ovennevnte, og med særlig vekt på direktivets fremste formål om fri bevegelse av varer og tjenester, er vi kommet til at tilgjengelighetsdirektivet er et totalharmoniserende direktiv. Dette har først og fremst den konsekvens at det for varer og tjenester som omfattes av direktivets virkeområde, ikke kan stilles strengere tilgjengelighetskrav enn det som fremgår av direktivet. Slike krav vil utgjøre restriksjoner på den frie bevegelsen som ikke kan rettfærdiggjøres etter en alminnelig restriksjonsvurdering.

3.5 Rekkevidden av tilgjengelighetsdirektivets harmoniseringsgrad

Utover at det for varer og tjenester som omfattes av direktivets virkeområde, ikke kan stilles strengere tilgjengelighetskrav enn det som fremgår av direktivet, er det ikke åpenbart «*hvor langt*» totalharmoniseringen kan sies å strekke seg. I punkt 3.2 skrev vi at en totalharmonisering innebærer at nasjonalstaten ikke kan oppstille regler som «*avviker fra den normen som oppstilles i direktivet*». Dette reiser spørsmålet om *hvilken norm* direktivet kan sies å oppstille. Det er kun i de tilfeller direktivet kan sies å oppstille en norm, det vil si at direktivet oppstiller rettsregler for et gitt faktum, at dets totalharmoniserende virkning gjør seg gjeldende og begrenser det nasjonale handlingsrommet. Dersom direktivet ikke regulerer et gitt forhold, det vil si at faktumet faller utenfor direktivets virkeområde, vil

¹⁶ Se f.eks. Fredriksen og Mathisen s. 92 hvor det står at det «*langt fra alltid er klart hvorvidt man har å gjøre med totalharmonisering*», mens «*[m]inimumsharmonisering er lettere å kjenne igjen*» fordi det ikke sjelden er «*uttrykkelig sagt i en rettsakt at staten kan gå lenger*».

utgangspunktet derimot være at nasjonale myndigheter står fritt til å regulere forholdet, innenfor rammene av restriksjonslæren.

Vurderingen av hva som faller innenfor og hva som faller utenfor direktivets «*anvendelsesområde*» og totalharmoniserende virkning er ikke enkel. Selv om vurderingen nok til en viss grad kan ta utgangspunkt i direktivets materielle anvendelsesområde, er det ikke nødvendigvis noe sammenfall mellom disse. Det må blant annet også ses hen til om direktivet bevisst søker å holde noen forhold utenfor, og derigjennom søker å stenge for at tilgjengelighetskrav oppstilles for visse varer og tjenester. I slike tilfeller kan det være grunnlag for å slutte antitetisk fra tilgjengelighetsdirektivets positive reguleringer.

Som allerede nevnt, omfatter tilgjengelighetsdirektivet en rekke produkter og tjenester og stiller overordnede funksjonelle krav til tilgjengeligheten av disse. Direktivets virkeområde er definert med utgangspunkt i en forsøksanalyse hvor relevante produkter og tjenester for personer med nedsatt funksjonsevne ble identifisert. Felles for disse er at medlemsstatene har vedtatt eller sannsynligvis kommer til å vedta avvikende nasjonale tilgjengelighetskrav som kan ha negativ virkning på det indre markedes virkeområde, jf. direktivets fortale punkt 18. Det fremgår altså at det er gjort grundige undersøkelser av hva som er et hensiktsmessig virkeområde for direktivet, blant annet på bakgrunn av hensynet til fri bevegelse.

Direktivet er altså ment å fange opp de varer og tjenester som er relevante for personer med et handicap, og hvor divergerende tilgjengelighetskrav kan utgjøre et problem for den frie bevegelsen i det indre marked. Motsetningsvis er direktivet avgrenset mot varer og tjenester som det vurderes at ikke utgjør et (tilstrekkelig stort) problem for den frie bevegelsen i det indre marked. Dette fremstår dermed som varer og tjenester hvor man ikke har sett det hensiktsmessig å innføre totalharmoniserende reguleringer, og hvor man ikke anser det som (like) problematisk at nasjonalstatene oppstiller divergerende krav.

Vår vurdering er derfor at tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende rekkevidde er avgrenset til kun de produkter og tjenester som direktivets saklige virkeområde omfatter. En slik vurdering understøttes av uttalelser i det tidligere nevnte Draft Document on Transposition of the European Accessibility Directive (Directive 2019/882):

«MS are free to impose accessibility requirements in areas outside the scope of this Directive, provided that these requirements do not violate EU law.»¹⁷

Også vurderingen foretatt i SOU 2021:44 *Betänkande av Utredningen om genomförandet av tillgänglighetsdirektivet* ser ut til å understøtte synspunktet om at tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende virkning kun omfatter de produkter og tjenester som faller innenfor dets saklige virkeområde:

*«Bedömning: Tillgänglighetsdirektivet är ett fullharmoniserande direktiv **vad avser de produkter och tjänster som omfattas av direktivets tillämpningsområde.***

[...]

¹⁷ Se også første spørsmål under punkt 2 «*Scope*» som lyder: «*What happens when it comes to products that are outside the scope of the Directive?*» Til dette svarer Kommisjonen: «*Regulation products outside the scope of the Directive [is] of the remit of the MS*». Etter vår vurdering er det ingen grunn til at det samme ikke skal gjelde for tjenester.

*Unionslagstiftningen kan emellertid avsiktlig vara ofullständig. Harmoniseringen är ofta vad som kan beskrivas som målinriktad, dvs. den är inriktad på vissa för den gränsöverskridande verksamheten viktiga punkter. Det är inte säkert att dessa bestämmelser räcker för den nationella tillämpningen. Utöver de bestämmelser som ska införas till följd av ett direktiv kan det därför behövas ytterligare nationella regler för att ett visst område ska bli effektivt reglerat. **Det är också tänkbart att det finns närliggande nationella regleringar som inte täcks av de harmoniserade produktkraven. Den typen av regleringar torde kunna falla utanför även ett totalharmoniserat område.** De grundläggande principerna om fri rörlighet gäller dock självfallet under alla förhållanden.» (våre uthevinger).*

I lys av det ovanstående er vår vurdering at tilgjengelighetsdirektivet er totalharmoniserende for de produkter og tjenester som faller innenfor dets saklige virkeområde. Dette innebærer at produktene og tjenestene som er omfattet av direktivet, herunder nettløsningene og automatene som ligger under direktivets virkeområde, er uttømmende regulert av kravene som stilles i direktivet. Det kan altså ikke oppstilles strengere tilgjengelighetskrav for disse varene og tjenestene i norsk rett.

For produkter og tjenester EU-lovgiver *ikke* har sett det hensiktsmessig å regulere i tilgjengelighetsdirektivet, er vår vurdering at medlemsstatene har en restkompetanse til å stille tilgjengelighetskrav til disse. Dette innebærer at Norge i prinsippet kan beholde eller innføre strengere tilgjengelighetskrav for varer og tjenester som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet. Forutsetningen er imidlertid at reguleringene ikke utgjør en restriksjon på det frie vare-/tjenestebyttet som ikke kan rettfærdiggjøres.

3.6 Nærmere om harmoniseringsgradens betydning for nasjonalt handlingsrom

Harmoniseringsgraden har avgjørende betydning for hvilket handlingsrom medlemsstatene sitter igjen med til å innføre avvikende krav i nasjonal rett sammenliknet med hva som følger av direktivene. Som vist over i punkt 3.3, mener vi det er klart at WAD er et minimumsharmoniseringsdirektiv, noe som innebærer at Norge har et nasjonalt handlingsrom til å fastsette strengere krav enn hva som følger av direktivet. Imidlertid oppstiller EU-retten flere grenser for hva nasjonal lovgiver kan foreta seg. Særlig relevant i dette tilfellet er at ytterligere krav ikke kan være i strid med den EU-rettslige primærretten. I den forbindelse må tiltaket vurderes opp mot den såkalte *restriksjonslæren*.

Restriksjonslæren viser til reglene som oppstiller et (prinsipielt) forbud mot restriksjoner på fri bevegelse av varer (EØS-avtalen artikkel 11 og 12), personer (artikkel 28), tjenester (artikkel 36) og kapital (artikkel 40), samt reglene om unntak for forbudet mot slike restriksjoner. Kort oppsummert betyr det at tilgjengelighetskravene ikke kan være tiltak som utgjør en ulovlig restriksjon på fri bevegelse av de fire friheter. Også relevant er at øvrig EU-sekundærlovgivning kan begrense det nasjonale handlingsrommet. I dette tilfellet er det særlig av betydning å stille spørsmål ved om tilgjengelighetsdirektivet begrenser det nasjonale handlingsrommet som følger av WAD. Dette kommer vi tilbake til i punkt 5.2 nedenfor.

Videre er vår vurdering at tilgjengelighetsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv. Totalharmonisering får betydning for restriksjonslærens anvendelsesområde, og det på i alle fall to måter. For det første vil en restriksjon på den frie bevegelsen som er i samsvar med direktivets normer, anses å være forenlig med EØS-retten.¹⁸ Det innebærer at de restriksjonene som fremgår av direktivet, i alle fall som et klart utgangspunkt anses å oppfylle de ulovfestede vilkårene om at de må tjene til å oppnå et *legitimt formål*, være *egnet og nødvendig* for oppnåelsen av formålet samt ikke medføre et *uforholdsmessig inngrep* i

¹⁸ Sejersted mfl. s. 299-300.

grunnfrihetene (såkalt «*forholdsmessighet i snever forstand*»). For det andre kan man, stilt ovenfor et totalharmoniserende direktiv, ikke påberope seg de nevnte reglene om rettfærdiggjøring av restriksjoner for å begrense den frie bevegeligheten i større utstrekning enn det direktivet tillater. I begge tilfeller er det altså «*ikke anledning til direkte prøving opp mot primærretten*».¹⁹ Dette har først og fremst den konsekvens at det for varer og tjenester som omfattes av direktivets virkeområde, ikke kan stilles strengere tilgjengelighetskrav enn det som fremgår av direktivet.

Likevel kan medlemsstatene ha en *restkompetanse* til å opprettholde eller innføre krav som er *knyttet* opp mot et totalharmoniseringsdirektivs saklige virkeområde, så fremt kravene kan sies å falle utenfor direktivets harmoniserende effekt. Medlemsstatene kan også ha en restkompetanse til å innføre de samme kravene som fremgår av et totalharmoniseringsdirektiv for pliktsubjekter som opprinnelig ikke er omfattet av direktivets virkeområde. EØS-lovligheten av slike krav beror på en vurdering av kravene i lys av den nevnte restriksjonslæren. Også dette kommer vi tilbake til nedenfor i punkt 5.

4 RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER – RESTRIKSJONSVURDERINGEN

4.1 Innledning

Her i punkt 4 vil det gis en kort og generell beskrivelse av den EØS-rettslige restriksjonsvurderingen. Vi anser det som hensiktsmessig å gi en slik generell beskrivelse for å unngå for mye gjentakelse i det videre. I de konkrete restriksjonsvurderingene som skal foretas i punkt 5 vil vi derfor vise til de generelle prinsippene skissert i dette punktet.

Bakgrunnen for at det må foretas ulike restriksjonsvurderinger, er at tilgjengelighetskrav som stilles av norske myndigheter utover det som følger av tilgjengelighetsdirektivet (og som ikke omfattes av direktivets totalharmoniserende virkning) og WAD, kan utgjøre en restriksjon på den frie bevegeligheten for varer og tjenester, samt utgjøre et hinder for etableringsfriheten. Slike restriksjoner er i utgangspunktet ulovlige. Likevel kan restriksjonene være tillatte dersom tiltaket som utgjør en restriksjon forfølger et allment hensyn og er forholdsmessig i lys av formålet.

I det videre skisserer vi de rettslige utgangspunktene for vurderingen av om ulike tilgjengelighetskrav utgjør en restriksjon. Ettersom tilgjengelighetskravene vil gjelde for et bredt spekter av både varer og tjenester, er det sannsynlig at kravene innebærer en restriksjon på flere av de fire frihetene. I det følgende skal vi gi en oversikt over frihetene vi vurderer som relevante, før vi foretar en samlet redegjørelse for hva som skal til for at en eventuell restriksjon skal kunne rettfærdiggjøres.

4.2 De relevante frihetene

4.2.1 Det frie varebyttet

Det følger av EØS-avtalen artikkel 11 at «*kvantitative importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning skal være forbudt mellom avtalepartene*». I denne utredningen består de eventuelle restriksjonene på varebyttet (og på øvrige friheter, som vi snart vil komme tilbake til) som nevnt i at det stilles tilgjengelighetskrav for varer og tjenester utover det som er regulert i tilgjengelighetsdirektivet. Det er altså ikke snakk om «*kvantitative*» importrestriksjoner, men eventuelt mer kvalitative restriksjoner. Spørsmålet

¹⁹ Fredriksen og Mathisen s. 92 med videre henvisning til EU-domstolens sak C-195/16 / premiss 56 og EFTA-domstolens sak E-9/11 *ESA mot Norge* premiss 72.

blir dermed om det å innføre tilgjengelighetskrav er et tiltak med «*tilsvarende virkning*» som en kvantitativ importrestriksjon.

Det følger av EU-domstolens praksis at tiltak som «*regulerer markedsadgangen for produkter*», typisk ved at det stilles «*produktkrav*»,²⁰ er å regne som et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon. Slike krav omfattes ikke av den såkalte Keck-doktrinen,²¹ men anses isteden å utgjøre en slik restriksjon som beskrevet i sak 8/74 *Dassonville* premiss 5.

4.2.2 Tjenestefriheten

Reglene om fri bevegelse for tjenester fremgår av EØS-avtalen artikkel 36 og 37. Artikkel 36 hjemler det generelle forbudet mot å innføre restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innad i EØS, mens artikkel 37 gir en nærmere forklaring av hva tjenester er. Fri bevegelse av tjenester skiller seg fra de øvrige frihetene ved å være en type «*samlefrihet*» for all økonomisk aktivitet som ikke faller inn under de øvrige friheter.²²

Når det gjelder restriksjonsbegrepet under tjenestefriheten, er utgangspunktet at alle restriksjoner omfattes, uavhengig av om de virker diskriminerende eller ikke.²³ Forutsetningen er imidlertid også her at tiltaket gjelder *adgangen til markedet*, og ikke kun den etterfølgende opptreden i det. For at noe skal anses som en restriksjon er det i den sammenheng tilstrekkelig at tiltaket utgjør en *ulempe* for markedsadgangen.²⁴ Det kreves altså ikke at tjenesten fullt og helt hindres markedsadgang. Dersom tiltaket kun gjelder den etterfølgende opptreden, kan tiltaket likevel bli ansett for å falle utenfor restriksjonsforbudet dersom det ikke virker diskriminerende.

4.2.3 Etableringsfriheten

Etableringsretten gir regler om fri bevegelse for selvstendig næringsdrivende og juridiske personer som skal utøve økonomisk virksomhet på en stabil og vedvarende måte.²⁵ Hovedreglene for fysiske personer finnes i EØS-avtalen artikkel 31 hvor det fremgår at det «*ikke [skal] være noen restriksjoner på etableringsadgangen for statsborgere fra en av EFs medlemsstater eller en EFTA-stat på en annen av disse staters territorium*».

Som det fremgår av bestemmelsen, og som EU-domstolen har lagt til grunn i sin praksis, beskytter EØS-avtalen artikkel 31 foretak som ønsker å etablere og utøve økonomisk virksomhet innenfor en avtaleparts territorium for restriksjoner som forbyr, forhindrer eller gjør det mindre attraktivt å utøve virksomheten. Etableringsbegrepet er vidt og innebærer at en borger på «*stabil og vedvarende måte*» deltar i det økonomiske liv i en annen medlemsstat.²⁶ EØS-avtalen artikkel 34 bestemmer hvilke foretak som skal likestilles med fysiske personer.

Restriksjonsforbudet gjelder adgangen til å starte og utøve selvstendig næringsvirksomhet og til å opprette og lede foretak «*på de vilkår som lovgivningen i etableringsstaten fastsetter for egne borgere*», jf. artikkel

²⁰ Sejersted mfl. s. 321.

²¹ Forente saker C-267 og 268/91 *Keck* premiss 16.

²² Se for eksempel forente saker C-286/82 og C-26/83 *Luisi og Carbone*, premiss 10.

²³ Se sak C-76/90 *Säger*. I sak E-1/06 *Gevinstautomatmonopol* ble det også slått fast at en regel som innebar et forbud for private mot å drive spillautomater, utgjorde en restriksjon, selv om regelen hadde samme virkning for alle foretak.

²⁴ Sak C-384/93 *Alpine Investments* og C-176/96 *Lehtonen*

²⁵ Sak C-55/94 *Gebhard*

²⁶ Se blant annet sak C-55/94 *Gebhard*, premiss 25 og sak C-221/89 *Factortame* som viser til at etableringsretten omfatter den faktiske utøvelse av en økonomisk aktivitet i en annen medlemsstat i et ikke nærmere angitt tidsrom, jf. premiss 20.

31 andre ledd. Selv om bestemmelsen synes å kreve at det foreligger et element av forskjellsbehandling mellom norske selskaper og selskaper fra øvrige EØS-land, er ikke det tilfellet.

I EU-domstolens praksis er det lagt til grunn at restriksjonsbegrepet for retten til fri etablering anses som «*svært vidt*», slik at også tiltak som ikke virker diskriminerende kan omfattes.²⁷ Som for de øvrige frihetene fordrer dette imidlertid at tiltaket gjelder *selve etableringen*, og ikke kun vanskeliggjør den etterfølgende næringsvirksomheten.²⁸

4.2.4 Oppsummering

De aktuelle tilgjengelighetskravene som skal vurderes i denne utredningen, er slik vi forstår det utformet slik at de ikke virker direkte diskriminerende for virksomheter som tilhører andre EØS-stater. Det avgjørende for om det foreligger en restriksjon på noen av friheten, blir dermed om tilgjengelighetskravene kan sies å regulere *markedsadgangen* for de aktuelle varene og tjenestene, og ikke kun den etterfølgende omsetningen. Dette vil vi komme tilbake til under vurderingen av det nasjonale handlingsrommet i punkt 5.

4.3 Rettferdiggjøring av restriksjonen

4.3.1 Innledning

Dersom det foreligger en restriksjon på en av frihetene, innebærer dette som et utgangspunkt at tiltaket som utgjør restriksjonen er forbudt. Tiltaket kan imidlertid *rettferdiggjøres* etter en nærmere vurdering hvor fire kumulative vilkår må være oppfylt. For det første må tiltaket være *begrunnet i et allment hensyn*. For det andre må tiltaket være *egnet* til å ivareta hensynet. For det tredje må tiltaket være *nødvendig* for å ivareta hensynet, og for det gjerde må tiltaket anses å ikke utgjøre et uforholdsmessig stort inngrep i frihetene (såkalt «*forholdsmessighet i snever forstand*»). Denne vurderingen er tilnærmet lik for de ulike frihetene og behandles derfor samlet.

4.3.2 Forfølge et allment hensyn

Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot restriksjoner på den frie flyten, er hjemlet i EØS-avtalen artikkel 13 (varer), artikkel 39, jf. 33 (tjenester) og artikkel 33 (etablering). Etter disse bestemmelsene er unntak bare tillatt dersom reglene er begrunnet i hensynet til enten offentlig orden, sikkerhet eller folkehelsen.

For restriksjoner som ikke virker diskriminerende, er det også tillatt å begrunne dem i andre hensyn enn dem som er opplistet i bestemmelsene som nevnt. Det er særlig EU-domstolen som har stått for utviklingen av hvilke hensyn som kan begrunne restriksjoner, og listen er etter hvert blitt nokså lang.

4.3.3 Egnethet

Tiltaket må videre være *egnet* til å sikre at det aktuelle formålet nås.²⁹ Vurderingen er ikke særlig streng, og det kreves ikke mer enn at tiltaket er «*tjenlig*» som middel for å nå målet.³⁰ Det skal altså ikke her vurderes

²⁷ Sejersted mfl. s. 404. Se til illustrasjon sak C-400/08 *Kjøpesenter* premiss 63, med videre henvisning til sak C-299/02 *Kommisjonen mot Nederland* premiss 15 og sak C-140/03 *Kommisjonen mot Hellas* premiss 27.

²⁸ Se Sejersted mfl. s. 404-405 med henvisning til forente saker C-418 til 421/93 *Semeraro* og C-565/08 *Advokatsalærer*.

²⁹ Se f.eks. sak C-539/11 *Ottica New Line* premiss 33.

³⁰ Fredriksen og Mathisen s. 119.

hvor *godt* egnet tiltaket er til å nå målet, eller om det finnes andre virkemidler som er *mer effektive* for å sikre ivaretagelsen av formålet.

4.3.4 Nødvendighet

Det må videre vurderes hvorvidt tiltaket er *nødvendig* for å oppnå formålet. Med dette siktes det til en vurdering av om det finnes «*andre og mindre inngripende tiltak som ville ha den virkning at målsettingene oppnås fullt ut, opp til det valgte beskyttelsesnivået*».³¹

Statene står altså fritt til å velge sitt beskyttelsesnivå, og det er dette beskyttelsesnivået som utgjør målestokken for de alternative tiltakene. Dette innebærer at de alternative tiltakene ikke nødvendigvis må være like effektive som det tiltaket staten har valgt, så lenge de alternative tiltakene er *effektive nok* til å ivareta det aktuelle formålet i tilstrekkelig grad, opp til det valgte beskyttelsesnivået.

Når det gjelder det norske beskyttelsesnivået på området for tilgjengelighet og universell utforming, må dette anses å ligge høyt, både generelt³² og på IKT-feltet spesielt. IKT-forskriften ble gitt i 2013, og det ble med dette innført strenge tilgjengelighetskrav for både offentlige og private virksomheter. Slike strenge og harmoniserte krav på tvers av privat og offentlig sektor var Norge tidlig ute med å innføre. Det pekes her blant annet på at hverken Sverige, Danmark eller Finland har hatt lovpålagte krav til universell utforming av nettstedet og mobilapplikasjoner, før kravene i WAD ble gjennomført.³³ Det er for så vidt også illustrerende at bakgrunnen for denne utredningen delvis er et ønske om å opprettholde de strenge kravene til universell utforming som allerede er gitt i norsk rett.

At det norske beskyttelsesnivået er såpass høyt, får betydning for nødvendighetsvurderingen. Det kreves med dette *mer* av de alternative tiltakenes effektivitet med hensyn til måloppnåelse, før det gjennomførte tiltaket anses å ikke være nødvendig.

Ved vurderingen av de alternative tiltakene, kreves det for øvrig at disse må være praktisk gjennomførbare.

4.3.5 Forholdsmessighet i snever forstand

Til slutt må det foretas en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand. Dette innebærer at det må foretas en vurdering av om de pålagte byrder er uforholdsmessige i forhold til de forfulgte mål.³⁴ Dette kan også formuleres som et spørsmål om «*inngrepet i grunnfrihetene er så stort at det står i et helt urimelig forhold til målsettingen*».³⁵ Her skal altså interessene veies mot hverandre: På den ene siden står formålet som tiltaket søker å ivareta, på den andre siden står den skade tiltaket har på det indre marked. I realiteten blir dette da også en prøving av statens valgte beskyttelsesnivå som nevnt i foregående punkt.

Som følge av at denne vurderingen griper inn i statenes beskyttelsesnivå, er EU-domstolens prøvingsintensitet begrenset. I teorien er den beskrevet slik at det kun skal foretas en «*kvalifisert urimelighetssensur*», slik at det kun skal vurderes om inngrepet i grunnfrihetene fremstår som så stort at

³¹ Fredriksen og Mathisen s. 121.

³² Se Høringsnotat - Forslag til forskrift om universell utforming av IKT-løsninger ([link](#)) punkt 2.3.

³³ Se Prop. 141 LS (2020-2021) s. 15-16.

³⁴ EU-domstolens sak C-126/15 *Kommisjonen mot Portugal* premiss 64, med henvisning til blant annet forente saker C-379 og 380/08 *ERG* premiss 86.

³⁵ Fredriksen og Mathisen s. 127.

det står i et «*urimelig forhold*» til betydningen av formålet bak tiltaket.³⁶ Dermed skal det i alminnelighet svært mye til før et tiltak ikke vurderes å være forholdsmessig i snever forstand.³⁷

5 VURDERING AV NASJONALT HANDLINGSROM

5.1 Om adgangen til å opprettholde gjeldende nasjonal lov- og forskriftsregulering

5.1.1 Innledning

Spørsmålet som skal diskuteres i dette punktet, er om nasjonale myndigheter står fritt til å opprettholde gjeldende nasjonal lov- og forskriftsregulering på IKT-feltet hva gjelder universell utforming, eller om reglene må endres som følge av tilgjengelighetsdirektivets krav eller EØS-retten for øvrig. Drøftelsen vil konsentrere seg om to spørsmål. For det første vil det foretas en vurdering av om norsk rett kan opprettholdes slik at det fremdeles kan stilles tilgjengelighetskrav til automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet. Dette vil gjøres i punkt 5.1.3. For det andre vil det foretas en vurdering av om implementeringen av tilgjengelighetsdirektivet innebærer at det *må* innføres unntak for mikrobedrifters nettløsninger, hva gjelder leveringen av tjenester som omfattes av direktivet. Dette vil gjøres i punkt 5.1.4.

Før vi går over til de konkrete spørsmålene, vil vi imidlertid gi en kort oversikt over både det aktuelle nasjonale regelverket (punkt 5.1.2.1) og det aktuelle EØS-regelverket (punkt 5.1.2.2).

5.1.2 Nærmere om relevant regelverk

5.1.2.1 Nasjonalt regelverk

Utredningen tar som nevnt utgangspunkt i likestillings- og diskrimineringsloven § 18, slik denne lyder etter Lovvedtak 131 (2020-2021) den 31. mai 2021. Av dette vedtaket fremgår det at bestemmelsen skal lyde som følger:

«§ 18. Universell utforming av IKT

Offentlige og private virksomheter har plikt til universell utforming av hovedløsninger for informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT) rettet mot eller stilt til rådighet for bruker, slik at virksomhetens alminnelige funksjoner kan benyttes av flest mulig, uavhengig av funksjonsnedsettelse. IKT-løsningene skal være universelt utformet fra det tidspunktet som er fastsatt i § 41.

Med IKT menes teknologi og systemer av teknologi som brukes til å uttrykke, skape, omdanne, utveksle, lagre, mangfoldiggjøre og publisere informasjon, eller som på annen måte gjør informasjon anvendbar.

Plikten etter første ledd gjelder ikke dersom den medfører en uforholdsmessig stor byrde for virksomheten. Ved vurderingen skal det særlig legges vekt på

- a. effekten av å fjerne barrierer for personer med funksjonsnedsettelse*
- b. virksomhetens karakter*
- c. kostnadene ved tilretteleggingen*

³⁶ Fredriksen og Mathisen s. 129.

³⁷ Se i den retning Rt. 2009 s. 839 hvor Høyesterett ikke engang åpnet for at det kunne foretas en slik interesseavveining.

d. virksomhetens størrelse og ressurser.

Plikten etter første ledd anses som oppfylt dersom virksomheten oppfyller krav til universell utforming i annen lov eller forskrift.

Kongen kan gi forskrifter med nærmere bestemmelser om avgrensning av virkeområdet og innholdet i plikten til universell utforming av IKT-løsninger.»

I nytt annet ledd i § 17 er det videre gitt en definisjon av uttrykket «*universell utforming*»:

«Med universell utforming menes utforming eller tilrettelegging av hovedløsningen i de fysiske forholdene, slik at virksomhetens alminnelige funksjoner kan benyttes av flest mulig, uavhengig av funksjonsnedsettelse.»

Det er altså oppstilt en generell og bredt angitt plikt til universell utforming i § 18 første ledd, jf. § 17 annet ledd. I § 18 tredje ledd er det imidlertid gitt en anledning til å fravike dette kravet dersom det medfører en «*uforholdsmessig stor byrde*» for virksomheten. Adgangen til å benytte denne unntaksbestemmelsen er imidlertid «*snever*». ³⁸ Videre fremgår det av § 18 siste ledd at det kan gis forskrifter med nærmere bestemmelser om avgrensning av virkeområdet og innholdet i plikten til universell utforming av IKT-løsninger.

IKT-forskriften er en slik forskrift. Her er det nettopp gitt mer detaljerte regler om virkeområdet og innholdet av den materielle plikten til universell utforming for IKT-løsninger. Formålet med forskriften er å «*sikre universell utforming av informasjons- og kommunikasjonsteknologiske løsninger, uten at det medfører en uforholdsmessig byrde for virksomheten*», jf. § 1.

Når det gjelder IKT-forskriftens virkeområde, er dette angitt i § 2. Her fremgår det av første ledd at forskriften gjelder for «*IKT-løsninger som underbygger virksomhetens alminnelige funksjoner, og som er hovedløsninger rettet mot eller stilt til rådighet for allmennheten*». I tillegg omfattes IKT-løsninger «*i utdannings- og opplæringssektoren*». Forskriften gjelder videre på «*alle samfunnsområder*», jf. tredje ledd, men ikke der «*utformingen av IKT-løsninger reguleres av annen lovgivning*», jf. fjerde ledd. Forskriften er «*begrenset til å gjelde nettløsninger, herunder digitale læremidler, og automater*», (våre uthevinger) jf. annet ledd. Forskriften gjelder også både for offentlig og privat virksomhet.

En «*nettløsning*» er definert i IKT-forskriften § 3 bokstav c som «*[f]ormidling av informasjon eller tjeneste som er tilgjengelig i nettleser eller tilsvarende, tilgjengelig via en URI (Uniform Resource Identifier) og som benytter http-protokollen (Hypertext Transfer Protocol) eller tilsvarende for å tilgjengeliggjøre innhold*». Herunder omfattes særlig websider. Nettløsningene som omfattes er ikke saklig avgrenset, utover at de må være «*hovedløsninger rettet mot eller stilt til rådighet for allmennheten*», jf. IKT-forskriften § 2 første ledd.

En «*automat*» er definert i IKT-forskriften § 3 bokstav b som en «*[m]askin eller annen innretning som brukeren opererer alene for å kjøpe en vare eller få utført en tjeneste*». Dette vil typisk omfatte minibanker og billettautomater. ³⁹ Av sentral betydning for drøftelsen i det videre, er at nasjonale tilgjengelighetskrav gjelder for alle, og ikke kun utvalgte, automater. Dette stiller seg annerledes for tilgjengelighetsdirektivet, hvor de typene automater som er omfattet er positivt og uttømmende oppramset i artikkel 2 nr. 1 bokstav b til e. Dermed stiller norsk rett i dag tilgjengelighetskrav for visse automater som ikke omfattes av

³⁸ Prop. 141 LS (2020-2021) s. 79.

³⁹ Se Ot. prp. nr. 44 (2007-2008), kap. 10.5.4.3.

tilgjengelighetsdirektivet. I punkt 5.1.3 under vil vi særlig drøfte om EØS-retten oppstiller begrensninger på nasjonale myndigheters adgang til å stille slike tilgjengelighetskrav.

Ad det geografiske virkeområdet, gjelder forskriften «*i hele riket*», jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 3 første ledd. I høringsnotatet til forskriften er det videre diskutert om forskriften kan komme til å gjelde utenlandske nettsider som retter seg mot allmennheten i Norge. Om dette spørsmålet uttales det i punkt 4.3:

«Utgangspunktet vil være at forskriftene også skal gjelde for utenlandske nettsider som er tilgjengelige for den norske allmennheten, dvs. en ubegrenset krets av norske forbrukere/kunder/aktører, og som er spesielt tilrettelagt for norske brukere. Det vil antagelig anses som spesiell tilrettelegging dersom nettsiden er utformet på norsk, men også andre momenter kan være avgjørende i vurderingene av den enkelte sak. Fordi det må foretas konkrete vurderinger i forbindelse med de enkelte nettsidene, er det imidlertid vanskelig å si noe om i hvilket omfang utenlandske nettsider vil bli omfattet av forskriftene.» (våre uthevinger).⁴⁰

Forskriften kan dermed etter en bredere avveining av momentene som nevnt, samt andre momenter, komme til å gjelde også for utenlandske nettløsninger. Forskriften har dermed et klart grenseoverskridende element og et bredt anvendelsesområde.

De materielle kravene til tilgjengelighet fremgår av § 4. Her fremgår det av første ledd at nettløsninger «*minst*» skal utformes i samsvar med «*standard Web Content Accessibility Guidelines 2.0 (WCAG 2.0)/NS/ISO/IEC 40500:2012, på nivå A og AA med unntak for suksesskriteriene 1.2.3, 1.2.4 og 1.2.5, eller tilsvarende denne standard*». Videre fremgår det av annet ledd at automater «*minst*» skal utformes i samsvar med standardene opplistet i bokstav a til j. Vi går ikke nærmere inn på innholdet av disse kravene her, men viser til det som er sagt i Utredningen på side 152-154.

Det fremgår ikke direkte av IKT-forskriften *hvem* som er forpliktet til å sørge for at de aktuelle tilgjengelighetskravene til automater er oppfylt. Det fremgår imidlertid av § 2 første ledd at forskriften gjelder for IKT-løsninger som «*underbygger virksomhetens alminnelige funksjoner*», og som er «*hovedløsninger rettet mot eller stilt til rådighet for allmennheten*». Dette innebærer at forskriften og tilhørende tilgjengelighetskrav ikke kommer til anvendelse før automaten er tatt i bruk av virksomheten som igjen tilbyr den til allmennheten. De direkte pliktsubjektene etter forskriften er altså virksomhetene som kan sies å «*anvende*» automaten. Forskriften gjelder derimot ikke direkte for de virksomhetene som produserer og selger automaten.

5.1.2.2 EØS-regelverk

For en nærmere redegjørelse for tilgjengelighetsdirektivets regler hva gjelder de nettløsninger og automater som omfattes av likestillings- og diskrimineringsloven § 18 og IKT-forskriften, vises det til Utredningen. I inneværende punkt vil vi begrense oss til kun å skissere hvilke typer automater som omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, og derigjennom illustrere hvordan gjeldende nasjonal rett går lenger i å pålegge tilgjengelighetskrav. I tillegg vil det gis en kort beskrivelse av direktivets unntak for mikrobedrifter som tilbyr tjenester omfattet av direktivet.

Tilgjengelighetsdirektivet artikkel 2 nr. 1 gir en uttømmende liste over hvilke produkter som omfattes av direktivets virkeområde. Herunder stilles det krav til diverse «*selvbetjeningsterminaler*», jf. bokstav b:

⁴⁰ Høringsnotat - Forslag til forskrift om universell utforming av IKT-løsninger ([link](#)).

«1. Dette direktiv finder anvendelse på følgende produkter, som bringes i omsætning efter den 28. juni 2025:

[...]

b) følgende selvbetjeningsterminaler:

- i. betalingsterminaler
- ii. følgende selvbetjeningsterminaler, som er beregnet til levering af de tjenester, der er omfattet af dette direktiv
 - pengeautomater
 - billetautomater
 - selvbetjeningsautomater til check-in
 - interaktive selvbetjeningsterminaler, der leverer oplysninger, bortset fra terminaler, der er installeret som en integreret del af køretøjer, luftfartøjer, skibe eller rullende materiel»

For en nærmere redegjørelse for disse selvbetjeningsterminalene, vises det til Utredningen på side 39-41. Av betydning for vurderingen i denne tilleggsutredningen, er det kun at disse selvbetjeningsterminalene faller inn under definisjonen av «*automat*» i IKT-forskriften § 3 bokstav b. Eksempler på produkter som både faller inn under tilgjengelighetsdirektivets og IKT-forskriftens virkeområde, er minibanker, billettautomater, automater for flaskepann, automater for køllapper og automater for check-in på flyplasser.

Det er altså gitt en *uttømmende liste* over produkter som omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, og som er å regne som «*automater*» etter norsk rett. Disse automatene stilles det videre tilgjengelighetskrav til, jf. direktivets artikkel 4. Siden det i nasjonal rett oppstilles tilgjengelighetskrav for *alle automater* (som faller inn under definisjonen i IKT-forskriften § 3 bokstav b), eksisterer det en ikke ubetydelig mengde automater som det stilles tilgjengelighetskrav til etter norsk rett, men som det ikke stilles tilgjengelighetskrav til etter direktivet. Dermed oppstår spørsmålet om direktivet åpner for slik nasjonal regulering, og hvis ikke, om reguleringen begrenses av primærretten. Dette vil som nevnt diskuteres i punkt 5.1.3.

Når det gjelder spørsmålet om hvem som er *pliktsubjekter* etter tilgjengelighetsdirektivet, altså hvem som er forpliktet til å sørge for at produktene og tjenestene oppfyller tilgjengelighetskravene, må det skilles mellom tilgjengelighetskravene som gjelder *produkter* og tilgjengelighetskravene som gjelder *tjenester*.

Når det gjelder *produkter*, følger det av artikkel 4 nr. 1 at medlemsstatene skal sikre at de «*erhvervsdrivende kun bringer produkter i omsætning [...] som oppfyller tilgængelighedskravene*» (vår utheving). Uttrykket «*erhvervsdrivende*» er definert i artikkel 2 nr. 21 som «*fabrikanten, den bemyndigede repræsentant, importøren, distributøren eller tjenesteyderen*». Oversatt til norsk er dette produsenten, produsentens bemyndigede representant, importører og distributører av produkter.⁴¹ Alternativet «*tjenesteyderen*» er derimot ikke relevant når det gjelder produkter. Litt enkelt sagt gjelder altså tilgjengelighetskravene i direktivet for den som produserer automaten, og den som selger automaten. Tilgjengelighetsdirektivet gjelder derimot ikke for den virksomheten som til slutt kjøper automaten og som stiller den til rådighet for allmennheten, slik IKT-forskriften gjør, jf. punkt 5.1.2.1 over.

⁴¹ Disse aktørene er definert i direktivets artikkel 2 nr. 17 til 20. Se nærmere om disse i Utredningen s. 54-55.

Tilgjengelighetsdirektivet og IKT forskriften stiller dermed tilgjengelighetskrav overfor ulike aktører, hva gjelder automater. Betydningen av dette vil kommenteres nærmere i punkt 5.1.3 under.

Når det gjelder *tjenester*, blir det derimot avgjørende hva som menes med en «*tjenesteyter*». Dette uttrykket er definert i tilgjengelighetsdirektivet artikkel 3 nr. 4 som «*en fysisk eller juridisk person, som leverer en tjeneste på EU-markedet, eller som tilbyder at levere en sådan tjeneste til forbrugere i Unionen*».⁴² Tilgjengelighetskravene i direktivet stilles altså, litt forenklet sagt, til den personen eller virksomheten som enten leverer eller yter en av de tjenestene som nevnt i artikkel 2 nr. 2.

For vurderingen i denne tilleggsutredningen er det tilstrekkelig å konstatere at dersom en virksomhet tilbyr en tjeneste omfattet av direktivet til allmennheten, gjennom en nettløsning, vil tilgjengelighetskravene etter både direktivet og IKT-forskriften rette seg mot denne virksomheten. Dette er en forutsetning for vurderingen av unntaket for mikrovirksomheter i punkt 5.1.4 nedenfor. Direktivet inneholder nemlig et unntak for mikrobedrifter som tilbyr tjenester som omfattes av direktivet. Av tilgjengelighetsdirektivet artikkel 4 nr. 5 fremgår det at «*[m]ikrovirksomheder, der tilbyder tjenester, er undtaget fra at opfylde de tilgængelighedskrav, der er omhandlet i stk. 3, og enhver forpligtelse vedrørende opfyldelse af de pågældende krav.*»

Uttrykket «*mikrobedrifter*» er definert i tilgjengelighetsdirektivet artikkel 3 nr. 23 som virksomheter som «*beskæftiger under 10 personer, og med en årlig omsætning, der ikke overstiger 2 mio. EUR eller med en samlet årlig balance, der ikke overstiger 2 mio. EUR.*»⁴³ Slike virksomheter, som tilbyr nettløsninger eller andre tjenester, er dermed unntatt fra å oppfylle direktivets tilgjengelighetskrav fastsatt i artikkel 4 nr. 3, samt fra enhver forpliktelse knyttet dertil.

Direktivets unntak for mikrobedrifter som tilbyr tjenester som omfattes av direktivet, reiser spørsmål ved om nasjonale myndigheter er avskåret fra å stille rettslig bindende tilgjengelighetskrav for disse virksomhetene. Her må det vurderes om direktivets totalharmoniserende virkning favner slike forhold. Hvis ikke må det gjøres en vurdering av om tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter kan komme i konflikt med primærretten. Dette vil diskuteres i punkt 5.1.4.

5.1.3 Konkret vurdering av nasjonalt handlingsrom for regulering av automater

Spørsmålet som skal diskuteres i dette punktet er om gjeldende lov- og forskriftsregulering vedrørende tilgjengelighetskrav for automater kan opprettholdes i lys av de totalharmoniserende krav som følger av tilgjengelighetsdirektivet. KUD er herunder særlig opptatt av om implementeringen av direktivet får noen konsekvenser for om det fremdeles kan stilles tilgjengelighetskrav til automater som ikke omfattes av direktivet.

Et første spørsmål som reiser seg, er om tilgjengelighetsdirektivet i det hele tatt kan sies å få betydning for utformingen av IKT-forskriften, siden tilgjengelighetsdirektivet og IKT-forskriften retter seg mot ulike pliktsubjekter. IKT-forskriften stiller som nevnt tilgjengelighetskrav for automater til virksomheter som i «siste instans» tilbyr automaten til allmennheten, jf. punkt 5.1.2.1. Tilgjengelighetsdirektivet stiller derimot tilgjengelighetskrav til den virksomheten som *produserer* og *selger* automater, jf. punkt 5.1.2.2. Dette kan tale for at tilgjengelighetsdirektivet ikke får noen betydning for norske myndigheters adgang til å regulere det endelige omsetningsleddet, typisk den virksomheten som har plassert automaten i sine lokaler.

⁴² Se mer om denne definisjonen, inkludert hva som menes med en «*tjeneste*» og en «*forbruker*» på side 110-111 i Utredningen.

⁴³ Se mer om denne definisjonen på side 124-125 i Utredningen.

Dette blir likevel etter vår oppfatning en for formalistisk tilnærming. Selv om tilgjengelighetsdirektivet kanskje ikke kan anses å direkte regulere det siste omsetningsleddet, vil det være i strid med direktivets formål og system å stille vesentlig avvikende krav for dette leddet. Å stille avvikende krav til det siste omsetningsleddet, vil medføre at automater som produseres og omsettes i EU ikke vil kunne brukes, og dermed i praksis ikke kunne kjøpes, av norske virksomheter som er pliktsubjekter under IKT-forskriften. Dette vil etter vårt syn stride mot tilgjengelighetsdirektivets formål om å sikre harmonisering av nasjonale regler som gjelder tilgjengelighetskrav, for derigjennom å sikre fri flyt av varer og tjenester. En avvikende regulering av det endelige omsetningsleddet vil redusere direktivets effektivitet og i praksis kunne sette direktivet til side i større eller mindre grad. Direktivets formål og prinsippet om effektiv virkning utgjør derfor etter vårt syn i denne sammenheng en materiell skranke for nasjonale myndigheters adgang til å stille avvikende tilgjengelighetskrav for det endelige omsetningsleddet.

Vår vurdering er at det uansett er upraktisk å stille avvikende krav til automater (samt øvrige produkter, og tjenester) som omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, i nasjonal rett. Dette vil medføre at virksomheter ikke vil kunne bruke, og dermed i praksis ikke vil kunne kjøpe, varer og tjenester som produseres og tilbys i EU uten at disse er spesifikt tilpasset norske kunder. Tilgjengelighetsdirektivets formål tilsier derfor at tilgjengelighetskravene som stilles til de ulike omsetningsleddene bør derfor være de samme, for de samme typene automater.

Vår konklusjon er derfor at tilgjengelighetsdirektivet i utgangspunktet legger føringer for hvilke tilgjengelighetskrav som kan oppstilles i IKT-forskriften.

Konklusjonen underbygges også av at formålet med tilgjengelighetsdirektivet er å sikre fri flyt av produkter og tjenester som er omfattet av direktivet. Der IKT-forskriften og tilgjengelighetsdirektivet regulerer samme produkt eller tjeneste, vil direktivets totalharmoniserende virkning nettopp bety at det *ikke* kan stilles krav til disse produktene og tjenestene utover kravene som følger av tilgjengelighetsdirektivet.

Spørsmålet blir så videre om tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende virkning kan sies å omfatte de automater som *ikke omfattes* av direktivets virkeområde, slik at nasjonale myndigheter er avskåret fra å stille tilgjengelighetskrav til disse.

Dette spørsmålet kan etter vår oppfatning besvares nokså raskt. Som nevnt i punkt 3.5 er tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende krav langt på vei begrenset til å gjelde de varer og tjenester som *omfattes av direktivet*. Direktivet er dermed slik å forstå at det ikke begrenser nasjonalstatenes adgang til å regulere tilgjengelighetskravene for varer og tjenester som faller *utenfor* direktivets anvendelsesområde, jf. særlig fortalens punkt 18. Dette innebærer at for automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivets anvendelsesområde som beskrevet i artikkel 2, står norske myndigheter fritt til å innføre tilgjengelighetskrav, som også (i prinsippet) kan gå lenger enn dem som følger av tilgjengelighetsdirektivet (og WAD).

Dette gjelder likevel ikke uten reserver. Som nevnt må slike tilgjengelighetskrav ikke være i strid med primærretten. Det innebærer at det må vurderes om tilgjengelighetskravene som eventuelt stilles for

automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, innebærer en restriksjon på det frie varebyttet. Hvis det er tilfellet, må det vurderes om restriksjonen kan rettferdiggjøres.⁴⁴

I prinsippet må denne vurderingen foretas for hver enkelt automat som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, og som norske myndigheter ønsker å stille tilgjengelighetskrav for. Det er det ikke anledning til innenfor rammene av denne utredningen. Isteden vil vi i det videre skissere en generell restriksjonsvurdering for automater, som vi antar KUD vil kunne ta utgangspunkt i ved den nærmere vurderingen.

For det første må det altså avgjøres om innføringen av tilgjengelighetskrav for automater utgjør en restriksjon på det frie varebyttet, jf. punkt 4.2.1 ovenfor. Her fremgikk det som nevnt at et tiltak som ikke virker direkte diskriminerende, og som «*regulerer markedsadgangen for produkter*», typisk ved at det oppstilles «*produktkrav*»,⁴⁵ vil regnes som en restriksjon med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon, jf. EØS-avtalen artikkel 11.⁴⁶ Derimot vil tiltak som kun regulerer den etterfølgende omsetningen på markedet, ikke omfattes.

Spørsmålet som da oppstår, er om bestemmelsene i IKT-forskriften kan sies å «*regulere markedsadgangen*» ved å oppstille produktkrav for automater som ikke omfattes av tiltaksdirektivet. Vi har i denne sammenheng allerede slått fast at IKT-forskriften kommer til anvendelse for flere slike typer automater, jf. punkt 5.1.2.2.

Av IKT-forskriften § 4 annet ledd fremgår det at automater «*minst skal utformes*» i samsvar med de opplistede standardene i bokstav a til j. Videre fremgår det av § 5 først ledd at digitaliseringsdirektoratet fører tilsyn etter forskriften. I den forbindelse kan direktoratet kreve de opplysninger og foreta de undersøkelser som er nødvendige, herunder kreve tilgang til IKT-løsninger som reguleres av forskriften, jf. § 5 tredje ledd. Av § 5 annet ledd fremgår det at ansvarlig virksomhet skal kunne dokumentere at krav i § 4 er overholdt. Direktoratet kan pålegge virksomheten å iverksette nødvendige tiltak for å sikre oppfyllelse av forskriftens krav om universell utforming av IKT-løsninger, jf. § 6. Direktoratet kan også treffe vedtak om tvangsmulkt ved brudd på forskriften, jf. § 7.

Det er likevel ikke helt åpenbart at det dreier seg om «*produktkrav*» i ordets strengeste forstand. Samlet sett fremgår det nemlig ikke av IKT-forskriften at det er *forbudt å kjøpe* varer som ikke oppfyller de aktuelle tilgjengelighetskravene. Likevel fremgår det klart av forskriften at det er *forbudt å bruke* automater som ikke oppfyller de aktuelle tilgjengelighetskravene. I tillegg er det etablert et omfattende kontrollregime som sørger for effektiv håndhevelse av reglene, jf. forrige avsnitt. Et forbud mot bruk av automatene vil videre innebære at det ikke er kurant, for ikke å si umulig, for leverandører av automater å få inngang på markedet med varer som ikke oppfyller tilgjengelighetskravene. Samlet sett er vår vurdering at forbudet mot bruk av

⁴⁴ Det vil også kunne være aktuelt å vurdere om reglene innebærer en restriksjon på etableringsretten etter EØS-avtalen artikkel 31, jf. artikkel 34, og om en slik restriksjon kan rettferdiggjøres etter artikkel 33, jf. artikkel 39. Det er etter vår vurdering likevel mest aktuelt å benytte reglene om fritt varebytte, og det er for øvrig ikke så store forskjeller mellom disse vurderingene.

⁴⁵ Sejersted mfl. s. 321.

⁴⁶ Siden IKT-forskriften som nevnt retter seg mot den som kjøper og anvender automaten i «siste instans», er det mest nærliggende å anse forskriftens tilgjengelighetskrav som en eventuell «*importrestriksjon*», jf. EØS-avtalen artikkel 11, og ikke en «*eksportrestriksjon*», jf. artikkel 12.

automater som ikke oppfyller tilgjengelighetskravene i IKT-forskriften, samt det kontrollregimet som er etablert, innebærer at det foreligger en regulering av markedsadgangen til produktene.⁴⁷

Vår vurdering er altså at innføringen av tilgjengelighetskrav for automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, utgjør en restriksjon på det frie varebyttet, jf. EØS-avtalen artikkel 11.

Dermed må det foretas en vurdering av om denne restriksjonen kan rettferdiggjøres. Denne vurderingen er beskrevet i generelle vendinger i punkt 4.3. Her fremgår det at restriksjoner kan rettferdiggjøres dersom de er begrunnet i et *allment hensyn*, og dersom restriksjonen er *egnet og nødvendig* for å oppfylle det nevnte hensynet, samt anses å være forholdsmessig i snever forstand.

Det aktuelle hensynet som et tilgjengelighetskrav for automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet må sies å forfølge, er det til å sikre et mer inkluderende samfunn hvor det er lettere for mennesker med en funksjonsnedsettelse å leve et godt og uavhengig liv, jf. også tilgjengelighetsdirektivets fortale punkt 8. Dette er et hensyn som ikke fremgår direkte av EØS-avtalen artikkel 13.⁴⁸ Siden den aktuelle restriksjonen under enhver omstendighet ikke kan anses som direkte diskriminerende, er det imidlertid som nevnt anledning til å begrunne restriksjonen i andre hensyn, særlig dem fremhevet av EU-domstolen og EFTA-domstolen.

Vi er ikke kjent med noen avgjørelser som konkret rettferdiggjør en restriksjon på bakgrunn av hensynet til personer med funksjonsnedsettelse. Likevel er listen over relevante hensyn «*etter hvert blitt temmelig lang*»⁴⁹, og det er etter vår oppfatning et såpass stort fokus på hensynet til denne gruppen i EU generelt,⁵⁰ at det fremstår som sannsynlig at restriksjoner kan rettferdiggjøres på bakgrunn av hensynet til personer med funksjonsnedsettelse.

Dermed antas restriksjonen å forfølge et allment hensyn.

Videre må det gjøres en vurdering av hvorvidt innføringen av tilgjengelighetskrav for automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, er et *egnet* virkemiddel for å ivareta hensynet til personer med funksjonsnedsettelse. Denne vurderingen avhenger i enda større grad av de konkrete faktiske forhold, særlig hvilke automater det innføres tilgjengelighetskrav for, og hvilke krav til tilgjengelighet som stilles. Vi antar likevel at tilgjengelighetskrav for automater i alminnelighet vil være et egnet virkemiddel for å bidra til ivaretagelse av personer med funksjonsnedsettelse på visse livsområder.

Her er det likevel et poeng at det ved vedtakelsen av tilgjengelighetsdirektivet ble gjort grundige analyser av hvilke automater det var nødvendig å innføre tilgjengelighetskrav for, jf. fortalens punkt 18, blant annet i lys av formålet om å sikre uavhengighet for personer med funksjonsnedsettelse. Det kan derfor sies å foreligge en slags presumsjon for at de automatene som ikke omfattes av direktivet, heller ikke i særlig grad er egnet til å ivareta nevnte hensyn. Likevel må det foretas en konkret vurdering av den enkelte automat.

⁴⁷ Dette fremgår noe tydeligere av KUDs forslag til endringer av likestillings- og diskrimineringsloven, jf. Høringsnotat - Gjennomføring av Tilgjengelighetsdirektivet (direktiv (EU) 2019/882) ([link](#)). Her fremgår det blant annet av forslag til ny § 18 a første ledd i likestillings- og diskrimineringsloven at «*[m]arkedsdeltakere har en plikt til universell utforming av produkter og tjenester*», (vår utheving) jf. s. 267.

⁴⁸ Formålene i den tilsvarende bestemmelsen i TEUV er «*fortolket nokså snevert i rettspraksis*», jf. Fredriksen og Mathisen s. 115. Dermed er det neppe adgang til å anse det nevnte formålet som omfattet av hensynet til «*folkehelsen*», jf. EØS-avtalen artikkel 13.

⁴⁹ Fredriksen og Mathisen s. 116.

⁵⁰ Hvilket både tilgjengelighetsdirektivet og WAD er gode eksempler på.

Forutsatt at innføringen av tilgjengelighetskrav er et egnet virkemiddel for å oppnå formålet, er spørsmålet så om tilgjengelighetskravene er *nødvendige*. Dette innebærer som nevnt en vurdering av om det finnes «andre og mindre inngripende tiltak som ville ha den virkning at målsettingene oppnås fullt ut, opp til det valgte beskyttelsesnivået». ⁵¹ Det avgjørende blir altså om det finnes alternative virkemidler for å sikre et mer inkluderende samfunn hvor det er lettere for mennesker med en funksjonsnedsettelse å leve et godt og uavhengig liv, enn å innføre tilgjengelighetskrav for automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet. Også her blir vurderingene fort konkrete av natur, og det er tilsvarende vanskelig å gi generelle føringer for vurderingen. Av særlig betydning vil det nok likevel være hva formålet med den aktuelle automaten er, altså hvilke tjenester som tilbys gjennom den. Spørsmålet vil da bli om de samme typer tjenester kan ytes overfor brukeren på en annen og mindre inngripende måte, enn ved at det stilles tilgjengelighetskrav til automaten. Vi antar dette ofte *ikke* vil være tilfelle.

Som nevnt i punkt 4.3.4 har man i Norge lagt seg på et høyt nivå når det gjelder tilgjengelighet og universell utforming. Dermed skal det forholdsvis mye til før et alternativt virkemiddel kan anses å «ha den virkning at målsettingene oppnås fullt ut, opp til det valgte beskyttelsesnivået».

Også i nødvendighetsvurderingen spiller det imidlertid en rolle at tilgjengelighetsdirektivet har et bredt anvendelsesområde, og omfatter de sentrale automatene. Dette innebærer at så mye kanskje ikke er «tjent» ved å oppstille tilgjengelighetskrav for øvrige automater. Dette virker i sin tur inn på hva som kreves av de alternative virkemidlene: Jo mindre effektivt det aktuelle tiltaket er, jo mindre kreves det av det alternative virkemiddelet for at det anses å sikre det samme beskyttelsesnivået.

Som et eksempel på et alternativ som muligvis kan anses som et annet og mindre inngripende tiltak, nevner vi det å stille tilgjengelighetskrav til kun én av flere automater der slike står samlet på et avgrenset geografisk område. Det kan for eksempel være snakk om såkalte «self check-in» automater på flyplasser. I forbindelse med utformingen av slike automater kan det virke *unødvendig* å stille tilgjengelighetskrav til samtlige automater. Isteden kan det være tilstrekkelig at det stilles tilgjengelighetskrav til et utvalg av automatene, i tillegg til at disse merkes på forsvarlig vis.

Til slutt må det foretas en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand. Dette innebærer som nevnt i punkt 4.3.5 at det må foretas en vurdering av om de pålagte byrder er uforholdsmessige i forhold til de forfulgte mål. De «pålagte byrder» er i denne sammenheng de byrder det utgjør for næringslivet og formålet om fritt varebytte at det stilles tilgjengelighetskrav for automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet. Det «forfulgte mål», er det nevnte formålet om å sikre personer med funksjonsnedsettelse et uavhengig liv.

Ved vurderingen av omfanget av de pålagte byrder, er det et poeng at næringslivet ved vedtakelsen og den kommende implementeringen av tilgjengelighetsdirektivet, er, eller i alle fall vil komme til å bli, godt kjent med tilgjengelighetskrav til automater. Dette er reguleringer som bransjen, på tvers av landegrensene, må ta inn over seg og etterleve for å kunne levere varer til markedet. Når tilgjengelighetskrav er, eller kommer til å bli, en såpass sentral og integrert del av bransjen som produserer og leverer automater, kan det argumenteres for at tilgjengelighetskrav for *øvrige automater*, som ikke omfattes av direktivet, heller ikke utgjør en særlig stor byrde for virksomhetene. Dette avhenger selvsagt av hva slags tilgjengelighetskrav som stilles: Om kravene går mye lengere enn det som følger av direktivet, vil det for eksempel trekke i retning av at restriksjonen utgjør en uforholdsmessig stor byrde for virksomhetene.

⁵¹ Fredriksen og Mathisen s. 121.

Videre er det igjen av betydning at tilgjengelighetsdirektivet har et bredt anvendelsesområde og omfatter de viktigste og de fleste typene automater. Dermed fremstår den aktuelle restriksjonen ikke som så omfattende: Tilgjengelighetskravene utover direktivets anvendelsesområde vil presumptivt ikke gjelde et veldig omfattende antall automater, samt typer automater hvor etterspørselen og markedet ikke er så stort. Dette kan også i en viss forstand trekke i retning av at byrden som pålegges virksomhetene ikke er så omfattende. Det kan likevel ikke utelukkes at enkelte produsenter vil kunne rammes hardt av slike tilgjengelighetskrav.

Samlet sett fremstår ikke inngrepet overfor de virksomheter som tilbyr automater generelt sett som så stort. Det er derfor vår vurdering at dersom innføringen av et tilgjengelighetskrav forfølger et legitimt formål, samt er egnet og nødvendig for å oppnå dette formålet, vil det sannsynligvis også være forholdsmessig i snever forstand. Vi nevner igjen at EU/EFTA-domstolens prøving av dette spørsmålet er begrenset til en «*kvalifisert urimelighetssensur*», slik at inngrepet i grunnfrihetene må være så stort at det står i et «*helt urimelig forhold til betydningen av tiltakets målsetting*», jf. punkt 4.3.5. Det skal altså mye til før en restriksjon som oppfyller øvrige vilkår for rettferdiggjøring, ikke anses å være forholdsmessig i snever forstand.

Etter å ha skissert rammene for restriksjonsvurderingen som må foretas der det stilles tilgjengelighetskrav for automater som ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet, vil vi avslutningsvis peke på et forhold som eventuelt bør tas i betraktning ved fremtidig, nasjonal regulering av tilgjengelighetskrav for automater, gitt tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende karakter: Dersom lovgiver velger å innføre *strengere, materielle krav til tilgjengelighet* (altså tilgjengelighetskrav som går utover tilgjengelighetsdirektivets krav) for automater som *ikke omfattes av tilgjengelighetsdirektivet*, må det presiseres i IKT-forskriften at disse kravene kun gjelder for de utvalgte automatene. Hvis ikke risikerer man å innføre strengere tilgjengelighetskrav for automater som *omfattes av direktivet*, og det vil være i strid med direktivet, jf. dets totalharmoniserende virkning og særlig artikkel 6.

Vi nevner til slutt at forordning (EF) nr. 764/2008⁵², som gjennomført ved EØS-vareloven⁵³ § 1, ikke kommer til anvendelse ved vurderingen av de spørsmål utredningen tar for seg. Forordningen gjelder kun for «*forvaltningsvedtak [...] på grunnlag av en teknisk forskrift*», jf. artikkel 2 nr. 1.⁵⁴ I dette tilfellet vil eventuelle begrensninger på det frie varebyttet følge direkte av lov og forskrift, og ikke av et forvaltningsvedtak. Videre gjelder ikke begrensningen noen av de forhold som nevnt i artikkel 2 nr. 1 bokstav a til c.

5.1.4 Konkret vurdering av nasjonalt handlingsrom for regulering av nettløsninger

Spørsmålet som skal diskuteres i dette punktet er om gjeldende lov- og forskriftsregulering vedrørende tilgjengelighetskrav for nettløsninger kan opprettholdes i lys av de totalharmoniserende krav som følger av tilgjengelighetsdirektivet. KUD er herunder særlig opptatt av om implementeringen av tilgjengelighetsdirektivet innebærer at det *må* innføres unntak for mikrobedrifters nettløsninger, hva gjelder levering av tjenester som omfattes av direktivet.

Som et utgangspunkt, og som nevnt i punkt 5.1.2.2 over, innebærer tilgjengelighetsdirektivet artikkel 4 nr. 1 at tilgjengelighetskravene i direktivet gjelder for alle virksomheter som tilbyr tjenester som nevnt i artikkel 2 nr. 2. Det innebærer blant annet at dersom en virksomhet tilbyr en slik tjeneste gjennom sine

⁵² Forordning (EF) nr. 764/2008 av 9. juli 2008 om fastsettelse av framgangsmåter for anvendelsen av visse nasjonale tekniske regler på varer som er lovlig markedsført i en annen EØS-stat.

⁵³ Lov av 12. april 2013 nr. 13 om det frie varebytte i EØS.

⁵⁴ I forarbeidene er det lagt til grunn at dette kun omfatter enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b, se Prop. 17 L (2012-2012) s. 21.

nettløsninger, må nettløsningen utformes slik at tilgjengelighetskravene i direktivet som stilles til tjenestene oppfylles. Samtidig kommer altså IKT-forskriften til anvendelse.

Av tilgjengelighetsdirektivet artikkel 4 nr. 5 fremgår det likevel at «*[m]ikrovirksomheder, der tilbyder tjenester, er undtaget fra at opfylde de tilgængelighedskrav, der er omhandlet i stk. 3, og enhver forpligtelse vedrørende opfyldelse af de pågældende krav.*» Mikrobedrifter som tilbyr nettløsninger eller andre tjenester er dermed unntatt fra å oppfylle direktivets tilgjengelighetskrav fastsatt i artikkel 4 nr. 3, samt fra enhver forpliktelse knyttet dertil. Begrunnelsen for dette er gitt i fortalens punkt 70:

*«Mikrovirksomheder adskiller sig fra alle andre virksomheder i kraft af deres begrænsede menneskelige ressourcer, den årlige omsætning eller årlige balance. **Byrden i forbindelse med opfyldelse af tilgængelighedskravene for mikrovirksomheder vil derfor generelt lægge beslag på en større andel af deres finansielle og menneskelige ressourcer i forhold til andre virksomheder og er mere tilbøjelig til at udgøre en uforholdsmæssig stor andel af omkostningerne.** En væsentlig andel af omkostningerne for mikrovirksomheder udspringer af udfyldelse af papirer og registerføring for at dokumentere, at de forskellige krav i EU-retten er opfyldt. Selv om alle erhvervsdrivende, der er omfattet af dette direktiv, bør være i stand til at vurdere proportionaliteten i opfyldelsen af tilgængelighedskravene i dette direktiv, og kun bør opfylde dem, for så vidt som de ikke er uforholdsmæssig store, ville et krav om en sådan vurdering fra mikrovirksomheder, der leverer tjenester, i sig selv udgøre en uforholdsmæssig stor byrde. **Kravene og forpligtelserne i dette direktiv bør derfor ikke finde anvendelse på mikrovirksomheder, der leverer tjenester inden for dette direktivs anvendelsesområde.**» (våre uthevinger).*

Problemstillingen som videre skal behandles er om tilgjengelighetsdirektivet, som et totalharmoniserende direktiv, medfører at norske myndigheter ikke kan stille tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter.

Igjen oppstår spørsmålet om rekkevidden av direktivets harmoniseringsgrad: På den ene siden er det mulig å anse direktivet som totalharmoniserende også i den forstand at siden det klart avgrenses mot mikrobedrifter, er nasjonalstatene avskåret fra å oppstille tilgjengelighetskrav for disse. Det kan sies slik at EU-lovgiver med dette har gjennomført en *uttømmende restriksjonsvurdering*. På den andre siden er det mulig å anse direktivets totalharmoniserende virkning som *begrenset* til de virksomheter, varer og tjenester som *omfattes av direktivet*. Det innebærer at eventuelle avgrensninger i direktivet ikke kan tolkes antitetisk; det kan altså ikke sluttes fra det forhold at det ikke oppstilles tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter, til at nasjonalstaten er avskåret fra å oppstille slike krav. Nasjonalstaten beholder dermed en *restkompetanse* som kun begrenses av primærretten.

Hvilket av disse to alternativene som er det mest nærliggende, beror på en tolkning av direktivet og øvrige relevante rettskilder.

Det er naturlig å ta utgangspunkt i den aktuelle ordlyden i artikkel 4 nr. 5. Her fremgår det som nevnt at de aktuelle mikrobedriftene «*er undtaget*» direktivets krav. Den naturlige tolkningen av denne formuleringen er at direktivets tilgjengelighetskrav *ikke gjelder* for mikrobedrifter, uten at det sies noe om hvilke krav som *gjelder* for mikrobedrifter. Ordlyden tilsier dermed at medlemsstatene i utgangspunktet kan innføre reguleringer også for disse bedriftene. Dette hadde stilt seg annerledes om det for eksempel isteden eller i tillegg stod at medlemsstatene «*ikke kan*» eller er «*avskåret fra*» å oppstille tilgjengelighetskrav for disse bedriftene.

I motsatt retning kan uttalelsene i fortalens punkt 70 som gjengitt ovenfor sies å trekke. Her fremgår det at EU-lovgiver har foretatt nøye overveielser av både de materielle og administrative byrder regelverket innebærer for mikrobedrifter, og kommet til at kostnadene dette ville medført er uforholdsmessig store. Dette kan igjen forstås slik at det heller ikke vil være rom for statene til å innføre nasjonale tilgjengelighetskrav, uten at dette vil medføre en uforholdsmessig stor byrde for mikrobedriftene. Tilgjengelighetskrav for slike bedrifter vil dermed utgjøre en restriksjon på den frie bevegelsen for tjenester og/eller etableringsfriheten som presumptivt ikke kan rettferdiggjøres.

Disse overveielserne har resultert i reguleringen av mikrobedrifter i artikkel 4 nr. 6. Her står det følgende:

«Medlemsstatene giver mikrovirksomhederne retningslinjer og redskaber for at lette anvendelsen af de nationale foranstaltninger til gennemførelse af dette direktiv. Medlemsstatene udarbejder disse redskaber i samråd med relevante interessenter.»

Bestemmelsen er utdypet i fortalens punkt 72:

«Selv om nogle mikrovirksomheder er undtaget fra dette direktivs forpligtelser, bør alle mikrovirksomheder tilskyndes til at fremstille, importere eller distribuere produkter og levere tjenester, der opfylder dette direktivs tilgjengelighetskrav, for at øge deres konkurrenceevne og vækstpotentiale i det indre marked. Medlemsstatene bør derfor give mikrovirksomhederne retningslinjer og redskaber for at lette anvendelsen af nationale foranstaltninger til gennemførelse af dette direktiv.»

Artikkel 4 nr. 6 innebærer altså for det første at nasjonalstaten skal gi «*retningslinjer og redskaper*» som skal gjøre det enklere for mikrobedrifter som omfattes av direktivet å manøvrere seg i, og oppfylle, de nasjonale reglene som gjennomfører direktivet. Retningslinjer og redskaper er i denne sammenheng ikke-rettslig bindende instrumenter som kun gir praktisk veiledning om hvordan de rettslig bindende kravene fastsatt i lov eller forskrift er å forstå.

For det andre innebærer artikkel 4 nr. 6, lest i sammenheng med fortalens punkt 72, at det skal gis retningslinjer og redskaper også for mikrobedrifter som *ikke omfattes* av direktivet, altså de som leverer tjenester omfattet av direktivet, og som dermed unntas etter artikkel 4 nr. 5.⁵⁵ Slike retningslinjer og redskaper skal etter vår oppfatning dermed «*erstatte*» rettslig bindende tilgjengelighetskrav, og oppmuntre også mikrobedriftene som ikke omfattes av direktivet til å yte tjenester hvor det tas hensyn til personer med nedsatt funksjonsevne.

Gitt tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende virkning, er det naturlig å forstå plikten medlemsstatene har til å gi «*retningslinjer og redskaper*» for mikrobedrifter som ellers ikke må oppfylle tilgjengelighetsdirektivets rettslig bindende tilgjengelighetskrav, som å *uttømmende angi medlemsstatenes handlingsrom* på dette punkt. Den mest nærliggende tolkningen av artikkel 4 nr. 6 er dermed at medlemsstatene er avskåret fra å gjøre noe «*mer*» enn å gi ikke-rettslig bindende retningslinjer og redskaper for disse mikrobedriftene. Det å gjøre noe «*mer*» vil naturligvis omfatte det å stille rettslig bindende tilgjengelighetskrav.

Etter vår vurdering trekker dermed ordlyden i artikkel 4 nr. 6 klart i retning av at nasjonalstaten er avskåret fra å stille tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter som nevnt i artikkel 4 nr. 5.

⁵⁵ Se også Utredningen på s. 127.

Denne løsningen kan på sett og vis også anses å være i tråd med direktivets formål som nevnt i artikkel 1, om at man skal *«fjerne og forhindre barrierer, der skyldes divergerende tilgjengelighetskrav i medlemsstaterne, for den frie bevegelse [...]»*. Dersom nasjonalstaten er avskåret fra å stille tilgjengelighetskrav for disse mikrobedriftene, sikres også harmonisering av reglene. Dersom ingen stater kan oppstille slike krav, kan mikrobedrifter også tilby tjenester på tvers av landegrensene, uten å behøve å bekymre seg for divergerende krav til tilgjengelighet.

I den nevnte Draft Document on Transposition of the European Accessibility Directive (Directive 2019/882), finnes det imidlertid uttalelser som vitner om at tilgjengelighetsdirektivet ikke er totalharmoniserende på dette punkt, og at adgangen til å stille tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter som leverer tjenester, kun begrenses av primærretten. I dokumentet ble det på side 3 stilt følgende spørsmål:

“Can MSs decide to extend the obligations to microenterprises for some services in the scope of the EAA?”

Spørsmålet ble besvart slik av Kommisjonen på samme side:

«Yes, but provided they do not introduce barriers in the internal market. Extending to some micro enterprises of certain services and not others that compete in the same market, could create discrimination and disruptions of the market. So such situations are to be avoided.»

Som nevnt i punkt 3.4 har imidlertid disse uttalelsene begrenset rettskildemessig vekt. Kommisjonens svar og konklusjon fremstår imidlertid som *«rimelig»*, siden ikke ethvert tilgjengelighetskrav kan sies å utgjøre en hindring for det frie marked. Dermed bør det også være adgang for medlemsstatene til å stille visse (begrensede) tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter, typisk slike som er enkle og lite kostbare å innføre. Dette synspunktet er også i tråd med utgangspunktet om at det er opp til statene å fastsette eget beskyttelsesnivå.

Konklusjonen fremstår i lys av det begrensede rettskildebildet som nokså usikker. I retning av at nasjonalstaten *bør* kunne innføre tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter som leverer tjenester, trekker ordlyden i artikkel 4 nr. 5, uttalelsene fra Kommisjonen i Draft Document [...] og hensynet til statenes autonomi hva gjelder beskyttelsesnivå. I retning av at nasjonalstaten ikke *bør* kunne innføre tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter som leverer tjenester, trekker ordlyden i artikkel 4 nr. 6, at tilgjengelighetskrav fort vil oppleves som en uforholdsmessig stor byrde for mikrobedriftene og formålet bak direktivet.

Etter en samlet vurdering anser vi det som mest sannsynlig at direktivets totalharmoniserende virkning omfatter unntaket for mikrobedrifter i artikkel 4 nr. 5, slik at nasjonalstaten er avskåret fra å oppstille rettslig bindende tilgjengelighetskrav for disse. Ettersom konklusjonen fremstår usikker, anbefaler vi at spørsmålet avklares med ESA og/eller Kommisjonen.

Som følge av denne usikkerheten vil vi i det videre kort skissere rammene for restriksjonsvurderingen på dette punkt. Denne vurderingen forutsetter imidlertid at direktivet ikke gis slik totalharmoniserende virkning som nevnt i forrige avsnitt. Vurderingen vil ta utgangspunkt i reglene om fri bevegelse av tjenester, siden det er tjenestene som reguleres i tilgjengelighetsdirektivet artikkel 4 nr. 5. Etableringsfriheten kan likevel også spille en rolle, men vi kan ikke se at dette gjør vurderingen vesentlig annerledes.

Når det gjelder vurderingen av om det foreligger en restriksjon på tjenestefriheten, legger vi her til grunn at eventuelle tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter i prinsippet vil hindre markedsadgangen for levering

av de aktuelle tjenestene. I så fall vil tilgjengelighetskravene utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten etter EØS-avtalen artikkel 36, jf. punkt 4.2.2. Det kan likevel ikke utelukkes at dette kan stille seg annerledes der tilgjengelighetskravene som oppstilles er svært lempelige. Her må det likevel tas hensyn til at mikrobedrifter generelt er i en utsatt situasjon som nevnt i fortalens punkt 70.

Når det gjelder forfølgelsen av et allment hensyn, samt egnetheten av tiltaket, vises det i all hovedsak til redegjørelsen i punkt 4.3.2 og 4.3.3 ovenfor.

I nødvendighetsvurderingen er spørsmålet som nevnt om det finnes andre, mindre inngripende virkemidler som sikrer det samme beskyttelsesnivået. Vi anser det som lite sannsynlig at det finnes andre virkemidler som (i tilstrekkelig grad) sikrer tilgjengelighet for de nettløsninger som tilbys av mikrobedrifter, enn det å nettopp innføre rettslig bindende krav for disse bedriftene. Oppfordringer og formaninger vil her neppe ha tilstrekkelig ønsket effekt, sml. fortalens punkt 72.

Til slutt må det foretas en vurdering av forholdsmessighet i snever forstand. Denne vurderingen vil være høyst usikker i foreliggende tilfelle: Som nevnt er det på den ene siden klart at tilgjengelighetskrav vil utgjøre en stor belastning for mikrobedriftene. Dette vil likevel avhenge av hvilke krav som stilles. På den andre siden fremstår det å stille tilgjengelighetskrav overfor disse bedriftene som et egnet og godt virkemiddel for å sikre et inkluderende samfunn og et uavhengig liv for personer med funksjonsnedsettelse. Det gjelder særlig siden stadig flere funksjoner betjenes gjennom nettløsninger.

Resultatet av denne avveiningen er ikke gitt, og vil i stor grad avhenge av de konkrete omstendigheter. Etter vår vurdering vil det imidlertid, gitt at staten har en skjønnsfrihet med hensyn til å fastlegge ønsket beskyttelsesnivå, argumentasjonsrom for at det kan innføres tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter. Dette fremstår som overveiende sannsynlig ved krav til tilgjengelighet som ikke er så strenge, og som ligger under dem som fremgår av tilgjengelighetsdirektivets artikkel 4, jf. de ulike vedleggene. Usikkerheten vil derimot øke etter hvert som kravene nærmer seg dem som følger av tilgjengelighetsdirektivet. Vi anser det som utelukket at nasjonale myndigheter kan stille tilgjengelighetskrav for mikrobedrifter som går lenger enn det som følger av direktivet.

5.2 Om adgangen til å pålegge private virksomheter krav som følger av WAD

5.2.1 Innledning

Tilgjengelighetsdirektivet har bestemmelser for områder som også er underlagt WADs saklige virkeområde. Begge direktivene stiller krav om universell utforming av nettsteder og mobilapplikasjoner, som til dels synes å ha et ulikt nedslagsfelt. Der tilgjengelighetsdirektivet omfatter nærmere definerte produkter og tjenester, og derigjennom ulike markedsaktører som tilbyr disse produktene og tjenestene, regulerer WAD krav om universell utforming av *offentlige* organers nettsteder og mobilapplikasjoner. I tillegg stilles det ulike krav til overvåkning, rapportering og håndhevelse i de to direktivene, samt at det også er enkelte ulikheter i hvordan man skal dokumentere oppfyllelse av kravene i WAD og i tilgjengelighetsdirektivet.

KUD har i forbindelse med dette stilt spørsmål ved om tilsvarende krav som følger av WAD kan innføres for *private* virksomheter, som allerede er omfattet av eksisterende krav etter forskriften om universell utforming av IKT-løsninger. Spørsmålet her er særlig om tilgjengelighetsdirektivet inneholder absolutte regler som gjør at slike krav ikke kan innføres for private virksomheter. For å kunne besvare spørsmålet, er det først nødvendig å fastlegge hvilke krav som private virksomheter som er omfattet av eksisterende krav etter IKT-forskriften er underlagt. Deretter må det undersøkes hvorvidt nye krav i WAD går lenger enn IKT-forskriftens krav og om det kan være i strid med de fire friheter å utvide WADs virkeområde. Til sist er det et spørsmål om tilgjengelighetsdirektivet også setter ytterligere begrensninger for i hvilken utstrekning WADs virkeområde kan utvides.

Det betyr at vurderingen av om det også er tillatt å innføre tilsvarende krav som følger av WAD for private virksomheter (1) beror på hvilke grenser EØS-retten stiller for de ytterligere kravene WAD representerer sammenliknet med IKT-forskriften og (2) hvorvidt øvrig harmoniserende sekundærrett oppstiller øvrige grenser for det nasjonale handlingsrommet. For denne utredningens vedkommende avgrenses vurderingen til å gjelde spørsmålet om tilgjengelighetsdirektivet oppstiller absolutte regler som gjør at kravene som følger av WAD ikke kan pålegges de private virksomhetene som leverer produkter og tjenester omfattet av direktivet. Dette vurderes i det følgende.

5.2.2 IKT-forskriftens virkeområde og krav i lys av WAD

IKT-forskriften er vedtatt med hjemmel i likestillings- og diskrimineringsloven § 18 og konkretiserer lovens bestemmelse om plikt til universell utforming av IKT-løsninger gjennom internasjonalt aksepterte standarder.⁵⁶ Forskriftens virkeområde følger av § 2. Det heter her følgende:

«Forskriften gjelder for IKT-løsninger som underbygger virksomhetens alminnelige funksjoner, og som er hovedløsninger rettet mot eller stilt til rådighet for allmennheten. Forskriften gjelder også for IKT-løsninger i utdannings- og opplæringssektoren.

Forskriften er begrenset til å gjelde nettløsninger, herunder digitale læremidler, og automater.

Forskriften gjelder på alle samfunnsområder.

Forskriften gjelder ikke der utformingen av IKT-løsninger reguleres av annen lovgivning.

Forskriften gjelder ikke på Svalbard og Jan Mayen, på installasjoner og fartøy i virksomhet på norsk kontinentalsokkel eller på norske skip og luftfartøyer uansett hvor de befinner seg.»

Oppsummert⁵⁷ er det slik at IKT-forskriften gjelder for nettsted, nettsider og mobilapplikasjoner som er avhengig av internetttilgang, i tillegg til automater. Ettersom automater ikke er omfattet av WADs virkeområde, avgrenser vi i det følgende for en nærmere redegjørelse for disse. For automater vil nasjonalstaten med andre ord stå fritt til egne reguleringer i relasjon til WAD.

Plikten til universell utforming gjelder *IKT-løsninger*, noe som i forskriftens § 2 er avgrenset til å omfatte *«nettløsninger, herunder digitale læremidler og automater»*. Forutsetningen for at forskriften skal komme til anvendelse er at virksomheten har et nettsted, en applikasjon eller en automat som er rettet mot innbyggere eller kunder («allmennheten») i Norge og at nettstedet, applikasjonen eller automaten brukes til å informere om eller tilby tjenester.

Kravet om universell utforming av nettløsninger innebærer at nettløsningene skal gjøres tilgjengelige for flest mulig, herunder synshemmede, hørselshemmede og personer med presisjonsvansker. IKT-forskriften § 4 angir at nettløsninger *minst* skal oppfylle kravene som følger av den internasjonalt anerkjente WCAG 2.0-standard på dens nivå A og AA med unntak for suksesskriteriene 1.2.3, 1.2.4 og 1.2.5. eller tilsvarende denne standard.⁵⁸ Det betyr at virksomhetene som er omfattet av IKT-forskriften på nåværende tidspunkt er underlagt disse kravene.

⁵⁶ Høring - Forslag til forskrift om universell utforming av IKT-løsninger ([link](#)).

⁵⁷ For en nærmere redegjørelse for forskriftens virkeområde, se innledningsvis under punkt 5.1 i denne tilleggsutredningen, samt Utredningen s. 146 flg.

⁵⁸ Web Content Accessibility Guidelines 2.0 (WCAG 2.0)/NS/ISO/IEC 40500:2012

I tillegg stiller forskriftens § 5 prosessuelle krav til virksomheter som har ansvar etter forskriften. Det følger av annet ledd at:

«Virksomhet som har ansvar etter forskriften, skal kunne dokumentere at krav i § 4 er overholdt. Ansvarsforhold i virksomheten og hvilke standarder som er benyttet for den aktuelle tekniske løsningen skal dokumenteres.»

Oppsummert stiller altså IKT-forskriften krav om:

- Universell utforming av nettløsninger, det vil si nettsted, nettsider og mobilapplikasjoner, samt automater på nivå A og AA i WCAG 2.0-standard eller tilsvarende, med unntak for suksesskriteriene 1.2.3, 1.2.4 og 1.2.5.
- At virksomheten dokumenterer at kravene er overholdt, samt hvilke standarder som er benyttet for den aktuelle tekniske løsningen og ansvarsforhold innad i virksomheten

WAD stiller tilgjengelighetskrav til offentlige organers «websteder og mobilapplikasjoner». Bestemmelsene i direktivet skal pålegge medlemsstatene å «sikre, at offentlige organers websteder, uafhængig af den enhed, der anvendes til at opnå adgang hertil, og mobilapplikasjoner» oppfylder tilgjengelighetskravene i artikkel 4, så fremt dette ikke innebærer en uforholdsmessig byrde, jf. artikkel 5. Verken «websteder» eller «mobilapplikasjoner» er definert i direktivet, men vi legger til grunn at begrepene for alle praktiske formål har det samme innholdet som det som er kalt «nettløsninger» i IKT-forskriften. Det betyr at WAD også regulerer nettsteder, nettsider og mobilapplikasjoner.

Som utgangspunkt pålegges offentlige organer etter WAD artikkel 4 å gjennomføre nødvendige tiltak for å:

«gøre deres websteder og mobilapplikasjoner mere tilgængelige ved at gøre dem opfattelige, anvendelige, forståelige og robuste.»

De fire hovedprinsippene som følger av WAD er altså at nettsteder og mobilapplikasjoner skal være

- Oppfattelige
- Anvendelige
- Forståelige
- Robuste

Kravene er teknologinøytrale, jf. fortalens punkt 36. Det betyr at kravene beskriver hva som skal være til stede for at brukeren skal kunne oppfatte, anvende, tolke og forstå et nettsted og en mobilapplikasjon og det tilknyttede innholdet. De fire hovedprinsippene for tilgjengeliggjøring av nettløsninger i WAD synes videre å være en direkte gjengivelse fra dagjeldende Web Content Accessibility Guidelines (WCAG) 2.0.⁵⁹

I artikkel 6 er det tatt inn en bestemmelse om formodning om samsvar med de nevnte tilgjengelighetskravene. Denne bestemmelsen fastsetter at innholdet på nettsteder og mobilapplikasjoner som oppfylder harmoniserte standarder som er referert i EU-tidende formodes å være i samsvar med de nevnte tilgjengelighetskravene jf. artikkel 6 nr. 1. Der det ikke foreligger harmoniserte standarder er det også en slik formodning om samsvar for mobilapplikasjoner der det foreligger tekniske spesifikasjoner som

⁵⁹ Den 20. desember 2018 publiserte EU-kommisjonen en gjennomføringsbeslutning som bestemmer at den oppdaterte europeiske standarden EN 301 549 V2.1.2 (2018-08) skal legges til grunn for direktivet. Dermed skal virksomhetene følge WCAG versjon 2.1 nivå A og AA, jf. artikkel 6(3), jf. EN 301 549 V2.1.2 (2018-08) kapittel 9 jf. høring av WAD s. 51, hvor de fire kravene er videreført.

dekker innholdet. Det er angitt at Kommisjonen fastsetter slike spesifikasjoner og at de minst skal svare til tilgjengelighetsnivået i EN 301 549 V1.1.2, jf. artikkel 6 nr. 2. Om det ikke er publisert harmoniserte standarder så er det en presumsjon for overensstemmelse for innhold på nettsteder som oppfyller EN 301 549 V1.1.2, jf. artikkel 6 nr. 3. Der det ikke er offentliggjort referanser til harmoniserte standarder som i artikkel 6 nr. 1 og tekniske spesifikasjoner som nevnt i artikkel 6 nr. 2, er det en formodning om samsvar for mobilapplikasjoner som oppfyller kravene i EN 301 549 V1.1.2.

Det er gitt en gjennomføringsbeslutning om harmonisert standard, (EU) 2018/2048, som innebærer at virksomhetene skal følge den europeiske standarden EN 301 549 V2.1.2 (2018-08), og den tekniske standarden WCAG versjon 2.1 på nivå A og AA, jf. gjennomføringsbeslutningens artikkel 6 (3). WCAG 2.1 viderefører alle kravene fra den tidligere versjonen WCAG 2.0. I tillegg inkluderer den oppdaterte standarden 12 nye suksesskriterier på nivå A og AA, som i større grad tar høyde for ulike særtrekk ved mobilapplikasjoner.

Ved gjennomføring av direktivet i norsk rett, og oppdateringen av standarden til versjon 2.1, oppheves unntakene for suksesskriteriene 1.2.3 og 1.2.5. Som følge av dette blir virksomheter i offentlig sektor pålagt å etterleve totalt 14 nye tekniske krav, herunder to nye krav til synstolkning av forhåndsinnspilt multimedieinnhold.⁶⁰ De 14 nye suksesskriteriene retter seg i all hovedsak mot mobile enheter, og innebærer krav om berøringsskjerm, gester eller fakter og hindring av utilsiktet aktivering av innhold. Hva gjelder kravet til synstolkning betyr det at visuelt innhold i en video skal formidles dersom innholdet ikke allerede blir presentert som lyd.⁶¹ Det siste nye materielle kravet i WAD sammenliknet med IKT-forskriften er at kravene om universell utforming også skal gjelde nye intranett og ekstranett, som medfører en delvis utvidelse av kravene til å omfatte arbeidslivet.

Videre er det også gitt nye prosessuelle krav i artikkel 7 sammenliknet med hva som følger av IKT-forskriften. I samsvar med bestemmelsen skal offentlige virksomheter avgi, og jevnlig oppdatere, en dekkende og tydelig tilgjengelighetserklæring for om/i hvilken grad deres nettsteder og mobile applikasjoner er i samsvar med direktivet. Kommisjonen har utarbeidet en gjennomføringsbeslutning om fastsettelse av en mal for tilgjengelighetserklæringen, (EU) 2018/1523, som ble vedtatt 11. oktober 2018. Formålet med Kommisjonens gjennomføringsbeslutning om standard tilgjengelighetserklæring er å støtte bestemmelsene i direktivet, slik at også anvendelsen av reglene i større grad er harmonisert og garantert. Gjennomføringsbeslutningen inneholder detaljerte regler for hvordan tilgjengelighetserklæringer skal utarbeides, utformes og gjøres tilgjengelig.

Slik innfører direktivet med gjennomføringsbeslutning et system for selverklæring av hvorvidt den enkelte virksomhets digitale løsninger oppfyller direktivets krav til universell utforming eller ikke.

Oppsummert stiller altså WAD, sammenliknet med IKT-forskriften, de følgende ytterligere krav:

- Nye krav til synstolkning av forhåndsinnspilt multimedieinnhold
- Standarden EN 301 549 V2.1.2 (2018-08) viser til WCAG 2.1, og denne oppdaterte versjonen av WCAG har 12 nye suksesskriterier (tekniske krav)
- Krav om at det skal leveres en tilgjengelighetserklæring, samt at virksomheten skal tilby en tilbakemeldingsfunksjon
- Nye ekstranett og intranett skal være universelt utformet

⁶⁰ Prop. 141 LS (2020-2021) s. 28.

⁶¹ Se hjemmesidene til Tilsynet for universell utforming av IKT ([link](#)).

Spørsmålet er om disse ytterligere kravene kan gjennomføres i norsk regelverk på en måte som gjør at de også skal ha virkning for private virksomheter. Dette vurderes i det følgende.

5.2.3 Overordnet vurdering

5.2.3.1 Innledning

Det avgjørende for vurderingen er hvorvidt en utvidelse av WADs virkeområde på en slik måte at også private virksomheter underlegges de ovennevnte kravene vil utgjøre en ulovlig restriksjon på etablerings- og/eller tjenestefriheten. En slik vurdering vil måtte ta for seg hvert enkelt krav i lys av hver enkelt sektor som kravet skal innføres for. Innenfor rammene av denne utredningen er det ikke mulig å foreta vurderingen fullt ut, men vi skal i det videre skissere utgangspunktene og forsøke å komme med noen overordnede betraktninger om det nasjonale handlingsrommet.

5.2.3.2 Om det nasjonale handlingsrommet

Det første som må vurderes, er hvorvidt en utvidelse av WADs materielle og prosessuelle krav utgjør en *restriksjon* på tjeneste- eller etableringsfriheten. Ved vurdering av etableringsfriheten har EU-domstolen i sin praksis tatt utgangspunkt i at «*restriksjoner*» på etableringsadgangen er forbudte, uten at det er oppstilt noe krav om diskriminering. I sak C-400/08 *Kjøpesenter* uttalte EU-domstolen at etableringsreglene er til hinder for nasjonale regler som *kan* gjøre det vanskeligere eller mindre attraktivt å benytte etableringsfriheten, jf. avgjørelsens premiss 63. Når det gjelder selve etableringsadgangen, er det klart at også nasjonalitetsnøytrale regler er å anse som restriksjoner. Det betyr at selv der lovgivning rammer nasjonale aktører på samme måte som utenlandske, vil det foreligge en restriksjon. Når man først er etablert, vil tiltak som påvirker den etterfølgende næringsutøvelsen uten å virke diskriminerende, imidlertid ikke rammes av forbudet mot etableringshindre, jf. også punkt 4.2.3 ovenfor.⁶²

Hvorvidt gjennomføringen av kravene i WAD for alle private virksomheter utgjør en *restriksjon* på etableringsfriheten avhenger av hvordan dette gjennomføres og hvilket virkeområde kravene er tenkt å ha. I lys av IKT-forskriftens virkeområde per i dag, altså at virksomheten har et nettsted, en applikasjon eller en automat som er rettet mot innbyggere eller kunder («allmennheten») i Norge, vil kravene som stilles til private også gjelde for utenlandske virksomheter som ønsker å tilby sine tjenester i Norge. Som vist til innledningsvis i dette punktet vil også nasjonalitetsnøytrale regler være å anse som restriksjoner på etableringsfriheten dersom reglene *kan* gjøre det vanskeligere eller mindre attraktivt å benytte etableringsfriheten. På den bakgrunn er det vår vurdering at det å utvide WADs virkeområde også til private virksomheter sannsynligvis vil utgjøre en restriksjon på etableringsfriheten.

Når det gjelder tjenestefriheten kan både diskriminerende og ikke-diskriminerende tiltak utgjøre en restriksjon. En formulering som er relativt vanlig er at tiltak som gjør utøving av tjenesteytelser mellom statene *vanskeligere* eller mindre attraktivt enn tjenesteyting innen én stat, utgjør restriksjoner.⁶³ På den bakgrunn er vår vurdering at en utvidelse av WADs virkeområde også sannsynligvis vil utgjøre en restriksjon på tjenestefriheten.

Nasjonale regler som utgjør hindringer for tjenestefriheten eller etableringsretten, men som gjelder på samme måte for utenlandske og innenlandske næringsdrivende eller selskaper vil etter EU-domstolens praksis være tillatte dersom det er begrunnet i allmenne hensyn. Dette gjelder uavhengig av om hensynene kan rubriseres under unntaksgrunnene i EØS-avtalen artikkel 33, jf. 39 eller ikke.

⁶² Sejersted m.fl. s. 404

⁶³ Se sak C-287/10 *Tankreederei I SA*, premiss 15 og avgjørelsene det vises til der.

Som vi har nevnt over, er det aktuelle hensynet som begrunner utvidelsen av WADs virkeområde også til private virksomheter, å stille krav til universell utforming for å sikre et mer inkluderende samfunn hvor det er lettere for mennesker med funksjonsnedsettelse å leve et godt og uavhengig liv med like muligheter til aktiv samfunnsdeltakelse. Krav til tilgjengelighet vil blant annet kunne ha avgjørende virkning for å sikre sysselsetting av mennesker med funksjonsnedsettelse, og det vil også i større grad kunne sikre at mennesker med funksjonsnedsettelse har adgang til å utøve sin yrings- og informasjonsfrihet. Selv om hensynene har en grenseflate til folkehelsen, kan vi likevel ikke med sikkerhet hjemle hensynene i EØS-avtalen artikkel 33, jf. 39.

Ettersom den aktuelle restriksjonen etter vår vurdering ikke er direkte diskriminerende, er det imidlertid også adgang til å begrunne restriksjonen i øvrige såkalte «*tvingende allmenne hensyn*». Som det fremgår i punkt 5.1.3 over, er vi ikke kjent med noen avgjørelse som konkret rettfærdiggjør en restriksjon med den begrunnelse at den hensyntar personer med funksjonsnedsettelse. Likevel er det, som nevnt tidligere, etter vår oppfatning såpass stort fokus på hensynet til denne gruppen i EU generelt,⁶⁴ at det fremstår som sannsynlig at restriksjoner kan rettfærdiggjøres på bakgrunn av dette hensynet. Når det ikke foreligger praksis på dette området, gjør vi imidlertid oppmerksom på at denne antakelsen er noe usikker.

I lys av det ovenstående er det avgjørende spørsmålet om en utvidelse av WADs virkeområde til private virksomheter er *egnet og nødvendig* for å oppnå formålet om universell utforming av IKT-løsninger i den utstrekning at det sikrer at mennesker med funksjonsnedsettelse kan delta i samfunnet på en likeverdig måte. EFTA-domstolen har i sak E-3/06 *Ladbroke*s oppstilt vurderingstemaet slik:

«I den utstrekning tingretten finner at lovgivningen det gjelder må sies å være begrunnet i legitime målsetninger, må retten videre prøve om lovgivningen overholder det EØS-rettslige proporsjonalitetsprinsippet.

Dette innbefatter en vurdering av om enerettssystemet er egnet til å oppnå de tilsiktede målsetningene [...]

I den utstrekning lovgivningen det gjelder anses egnet, må det vurderes om tiltakene går utover det som er nødvendig for å nå målene som forfølges. Nødvendigheten av tiltakene må på samme måte som tiltakenes egnethet vurderes for hver enkelt av de legitime målsetningen».

Ved å innføre tilgjengelighetskrav til private virksomheters nettsted og mobilapplikasjoner som er ment å tilrettelegge for at personer med nedsatt funksjonsevne skal kunne delta i samfunnet på like vilkår som andre, er det naturlig å anta at dette virkemiddelet vil være egnet til å oppnå formålet. Vår vurdering er derfor at vilkåret om *egnethet* etter all sannsynlighet er oppfylt. Dette gjelder sannsynligvis uavhengig av sektor, slik vi ser det.

Hvorvidt et tiltak er *nødvendig*, må, som EFTA-domstolen er inne på, vurderes konkret opp mot hva som er den forfulgte målsetningen med tiltaket. Målsetningen i dette tilfellet er i størst mulig grad universell utforming av IKT-løsninger slik at personer med funksjonsnedsettelse kan delta i samfunnet på like vilkår som øvrige personer. Som vist i punkt 4.3.4, har Norge valgt å ha nasjonal lovgivning som tradisjonelt har gitt et høyere beskyttelsesnivå for personer med funksjonsnedsettelse sammenliknet med EU-

⁶⁴ Hvilket både tilgjengelighetsdirektivet og WAD er gode eksempler på, samt EUs nye strategi «*Union of Equality*» som skal sikre personer med nedsatt funksjonsevnes rettigheter ([link](#)).

lovgivningen. Det er hva som er nødvendig for å oppnå *dette beskyttelsesnivået* som tiltaket må vurderes i lys av.

Samtidig er det slik at nødvendighetsvurderingen må gjøres konkret for hvert enkelt tiltak og hvorvidt tiltaket er nødvendig innenfor en bestemt sektor for å oppnå formålet. Uten å ha mer inngående kunnskap om hvilke handlingsalternativer som finnes, er det vanskelig for oss å si noe konkret om *nødvendigheten* av rekkevidden av de nye kravene som WAD innfører, og hvorvidt det er et behov for å innføre alle kravene i full utstrekning for private virksomheter for å nå det forfulgte formålet. Vurderingen kan slå forskjellig ut alt ettersom hvilket nivå av tilgjengelighet en gitt sektor allerede har, hvilke brukere som er særskilt relevant for en sektor og hva som er praktisk mulig innenfor den sektoren. Vi antar likevel at en utvidelse av WADs krav til private virksomheter i alle fall innen visse sektorer må anses for å oppfylle nødvendighetskriteriet. For eksempel mener vi det er grunn til å anta at det ikke er i strid med EØS-retten å innføre de nye kravene som følger av WCAG 2.1 for private virksomheter for å sikre at beskyttelsesnivået nasjonalt opprettholdes i tråd med den teknologiske utviklingen.

Samtidig kan det stilles spørsmål ved om vurderingen vil være annerledes når det gjelder krav om universell utforming av samtlige *nye* intranett og ekstranett. Selv om det er klart at et krav om universell utforming av intranett og ekstranett vil bidra til at personer med funksjonsnedsettelse sannsynligvis i større grad vil kunne fungere på arbeidsplassen og også stå lenger i arbeid, må det stilles spørsmål ved om ikke det finnes mindre inngripende tiltak som kan oppfylle dette formålet. Det kan for eksempel tenkes at det heller kan stilles krav til at virksomheten må tilby relevante hjelpemidler, som vil gjøre det mulig å nyttiggjøre seg av virksomhetens ekstranett og intranett, til ansatte som har behov for det, fremfor å innføre et generelt krav til alle virksomheter om universell utforming av både ekstranett og intranett uavhengig av om de har ansatte med funksjonsnedsettelse.

Forutsatt at vilkårene om egnethet og nødvendighet er oppfylt, må det også gjøres en vurdering av forholdsmessigheten av tiltaket i såkalt *snever forstand*, jf. over. Som nevnt er de «*pålagte byrder*» i denne sammenheng de byrder det utgjør for næringslivet og målet om fritt varebytte at det stilles krav for private virksomheter som ikke omfattes av WAD. Ettersom Norge har og har hatt et høyt beskyttelsesnivå, mener vi av den grunn det i alle fall godt kan argumenteres for at å gjennomføre kravene som følger av WAD også for noen utvalgte private virksomheter er forholdsmessig. Vi gjør imidlertid oppmerksom på at forpliktelsene etter WAD kan fremstå som særlig tyngende for noen private aktører. Generelt er vår vurdering at det kan være særskilt tyngende for mindre virksomheter å skulle underlegges alle kravene i WAD fullt ut. Vi mener imidlertid også at det finnes eksempler på forholdsvis store aktører som kravene i WAD vil være særlig tyngende for. Som eksempel kan nevnes medieaktørene som ikke er allmennkringkastere. Dette er virksomheter som er underlagt en omfattende publiseringsforventning, og som også har redaksjonelt ansvar for tredjepartsinnhold på sine nettsider.⁶⁵ Universell utforming i den utstrekning som WAD krever, vil kreve store ressurser hos disse aktørene, og også sammenliknbare aktører. Det kan derfor være grunn til å i alle fall stille spørsmål ved om det er forholdsmessig å stille krav om universell utforming av slike aktørers nettsider og mobilapplikasjoner. Som et motstykke til disse aktørene finnes aktører som har et enkelt nettsted som tilbys kunder i Norge og som relativt sjeldent behøver oppdateringer, og hvor det sannsynligvis vil kunne forsvares å stille krav om universell utforming.

⁶⁵ Tredjepartsinnhold som verken er «*finansiert eller utviklet af eller er under kontrol af det pågældende offentlige organ*» er unntatt WADs virkeområde, jf. artikkel 1 nr. 4 bokstav e. Vi antar imidlertid at medieaktører med et redaksjonelt ansvar for tredjepartsinnhold må vurderes å ha *kontroll* over tredjepartsinnholdet, slik at unntaket ikke kommer til anvendelse i disse tilfellene.

På den andre siden kan det også argumenteres for at det er mindre tyngende for medieaktører med betydelige ressurser å oppfylle kravene i WAD, enn hva som er tilfellet for de små aktørene. Virkningen av at større medieaktører pålegges ytterligere tilgjengelighetskrav vil sannsynligvis også ha en større effekt for å oppnå formålet om at personer med funksjonsnedsettelse skal kunne delta i samfunnet på en likeverdig måte. I den forbindelse kan det muligens bli ansett å være forholdsmessig å pålegge de store medieaktørene et *utvalg* av tilgjengelighetskravene som følger av WAD. I den forbindelse vil det være relevant å undersøke hvilke krav som i størst mulig grad kan bidra til at også personer med funksjonsnedsettelse er i stand til å benytte seg av de relevante IKT-løsningene.

Disse eksemplene er ikke mer enn utgangspunkter, men de kan være egnet til å skissere hvorfor det er nødvendig å foreta konkrete forholdsmessighetsvurderinger for hver enkelt sektor hvor kravene stilt i WAD vurderes innført. Det er sjeldent ensartede konklusjoner som kan trekkes på et overordnet nivå og i bunn og grunn er det sannsynligvis det nasjonale beskyttelsesnivået som blir avgjørende for hva som anses som forholdsmessig i EØS-rettslig forstand eller ikke.

For øvrig bemerker vi at det ikke nødvendigvis er slik at WAD, selv om dette er et minimumsharmoniseringsdirektiv, kan utvides til å omfatte alle private virksomheter som per nå er underlagt IKT-forskriften. Vår vurdering er at WAD i seg selv også innfører visse begrensninger for en slik adgang. Blant annet følger det av fortalen punkt 23 at:

«Retten for personer med handicap og eldre til at delta og bli integrert i samfunnslivet og det kulturelle liv i Unionen er uløselig forbundet med tilgjengelige audiovisuelle medietjenester. Denne rett kan imidlertid bedre utvikles i forbindelse med EU-sektorspesifikk lovgivning eller lovgivning med fokus på tilgjengelighet, som også omfatter private medietjenesteudbydere, med henblik på å garantere loyale konkurransevilkår uten å gripe inn i de offentlige interesser, der varetages av de audiovisuelle medietjenester. Dette direktiv bør derfor ikke finne anvendelse på public service-medietjenesteudbyderes nettsteder og mobilapplikasjoner.»

Dette kan tilsa at WAD, selv om det er et minimumsdirektiv, også uttrykkelig begrenser virkeområdet slik at «public service-medietjenesteudbyderes» nettsteder og mobilapplikasjoner skal falle utenfor virkeområdet. Unntaket synes begrunnet i et ønske fra lovgiver om å unngå konkurransevridning som følge av at det oppstilles tilgjengelighetskrav. I dette ligger, slik vi forstår det, et mål om å kunne vedta sektorspesifikk regulering som er egnet til å sikre loyale konkurransevilkår både for offentlige og private medietjenestetilbydere. Vår vurdering er derfor at WAD sannsynligvis ikke åpner for at kravene skal kunne pålegges allmennkringkastere. Det samme gjelder for visse NGOer. Det vil si organisasjoner som er frivillige eller selvstyrte, og som er opprettet hovedsakelig for et ideelt formål som ikke er essensielt for allmennheten, og som heller ikke spesifikt jobber for å sikre behovene til personer med nedsatt funksjonsevne.⁶⁶ Hensynet er at EU-lovgiver har ansett at det ikke vil være forholdsmessig at denne typen organisasjoner skal oppfylle tilgjengelighetskravene i WAD.

For utvalgte typer private virksomheter som utfører det som kan kategoriseres som «offentlige» oppdrag, følger det imidlertid uttrykkelig av WADs fortale punkt 34 at tilgjengelighetskravene i WAD kan utvides også til disse virksomhetene:

«Medlemsstaterne bør desuden tilskyndes til å utvide anvendelsen av dette direktiv til også å omfatte private enheder, som tilbyr fasiliteter og tjenesteydelser, der er åpne for eller

⁶⁶ Se fortalen punkt 25.

udbydes til offentligheden, herunder på områderne sundhed, børnepasning, social inklusion og social sikkerhed samt i transportsektoren og med hensyn til elektrisitet, gas, varme, vand, elektronisk kommunikation og posttjenester, navnlig de tjenester, der er omhandlet i artikel 8-13 i direktiv 2014/25/EU.»

Vi antar at EU-lovgiver har vurdert det slik at eventuelle restriksjoner som følger av at WADs krav også utvides til de nevnte typer virksomheter er tillatt. Det betyr at, så fremt kravene ikke er strid med annen (etterfølgende) sekundærrett, er vår vurdering at kravene i WAD også kan utvides til virksomhetene som er opplistet i fortalen.

Som vist over, er det ingen ensartet konklusjon som kan tilbys ved vurderingen av om kravene som følger av WAD også kan pålegges private virksomheter. Det må gjøres en konkret vurdering for hver sektor som underlegges de strengere kravene til universell utforming som WAD oppstiller. Likevel mener vi det er gode argumenter for at lovgiver, i alle fall for flere sektorer, må antas å ha et handlingsrom til å utvide WADs virkeområde også til private virksomheter. Samtidig er vår vurdering også at det sannsynligvis ikke vil være EØS-rettslig tillatt å utvide *alle* krav til *alle* private virksomheter som sådan. Vi mener også at sekundærretten setter visse absolutte grenser for lovgivers handlingsrom til å utvide WADs virkeområde til private virksomheter. Som det vil fremgå nedenfor, innskrenker tilgjengelighetsdirektivet det nasjonale handlingsrommet.

5.2.4 Grenseflaten mellom WAD og tilgjengelighetsdirektivet

Vi er også bedt om å vurdere hvorvidt sekundærretten oppstiller øvrige grenser for det nasjonale handlingsrommet. For denne utredningens vedkommende avgrenses vurderingen til å gjelde spørsmålet om tilgjengelighetsdirektivet oppstiller absolutte regler som gjør at kravene som følger av WAD ikke kan pålegges de private virksomhetene som leverer produkter og tjenester omfattet av direktivet.

Det følger av vår vurdering under punkt 3 at tilgjengelighetsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv som har den virkning at det ikke kan stilles verken strengere eller lempeligere krav til produkter og tjenester som er omfattet av direktivets virkeområde. Dette gjelder, etter vår vurdering, både materielle og prosessuelle krav. Årsaken er at lovgiver har gjort en avveining av i hvor stor utstrekning behovet for å stille krav om universell utforming skal rekke, sammenliknet med hvilket inngrep som kan tillates i de fire friheter. Samtidig er medlemstatene gitt en «restkompetanse» til å regulere øvrige forhold så fremt disse ikke er harmonisert på EØS-nivå.⁶⁷ Etersom WAD er et minimumsharmoniseringsdirektiv, har medlemsstatene et handlingsrom til å utvide direktivets virkeområde eller innføre krav som er strengere enn hva direktivet legger opp til. Men, som vi har vært inne på tidligere, har WAD og tilgjengelighetsdirektivet en grenseflate som medfører at de for noen tilfeller regulerer de samme virksomhetene. Fordi tilgjengelighetsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv, vil dette, der direktivene regulerer det samme, sette en absolutt begrensning for hvilke krav som kan stilles for de produktene og tjenestene som ligger under dets saklige virkeområde. Medlemsstatenes handlingsrom etter WAD begrenses på den måten av tilgjengelighetsdirektivet.

For å kunne si noe spesifikt om hvilke begrensninger tilgjengelighetsdirektivet setter for adgangen til å utvide WAD, må grenseflaten mellom de to direktivene fastlegges. I praksis betyr det at man må finne ut hvilke krav som følger av tilgjengelighetsdirektivet og hvilke produkter og tjenester som er underlagt

⁶⁷ Se for eksempel sak C-150/11 *Kommisjonen mot Belgia*.

kravene, og deretter foreta en negativ avgrensning av WADs virkeområde i lys av disse produktene og tjenestene.

Som vi har nevnt tidligere, stiller WAD krav til universell utforming for offentlige organers «websteder» og «mobilapplikationer». Tilgjengelighetsdirektivets virkeområde er betydelig videre enn WAD ved at dette omfatter en rekke produkter og tjenester som tilbys av både private og offentlige tjenestetilbydere. Samtidig innebærer kravene i WAD at det er overlapp mellom de to direktivene på noen punkter, det vil si de punktene hvor tilgjengelighetsdirektivet stiller krav til tjenesteytere som også er offentlige i WADs forstand. Dersom lovgiver likevel ønsker å utvide WADs virkeområde, slik at kravene også skal gjelde for private virksomheter, vil grenseflaten mellom de to direktivene utvides tilsvarende. Konsekvensen er at alle nettstedet og mobilapplikasjoner som faller innenfor tilgjengelighetsdirektivets virkeområde vil ha en grenseflate mot WAD.

Artikkel 2 nr. 2 i tilgjengelighetsdirektivet definerer direktivets anvendelsesområde for tjenester, det vil si hvilke tjenester som er omfattet av direktivet. Nedenfor følger en liste over tjenester som tilbys via nettsteder eller mobilapplikasjoner som reguleres av tilgjengelighetsdirektivet, og som vi av den grunn vurderer å ha en grenseflate mot tjenester som er regulert i WAD:

- Direktivet gjelder for «tjenester, der giver adgang til audiovisuelle medietjenester», jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav b). Audiovisuelle medietjenester er i korthet lineær TV, som NRKs og TV2s kanaler, og audiovisuelle bestillingstjenester, som Netflix, TV2Sumo og HBO. Det er viktig å merke seg at direktivet kun gjelder for tjenester som gir tilgang til disse audiovisuelle tjenestene – ikke de audiovisuelle tjenestene som sådan. I fortalens punkt 31 er det gitt eksempler på at dette kan omfatte blant annet nettsteder og nettbaserte, nedlastbare og mobilbaserte applikasjoner.
- Tilgjengelighetsdirektivet gjelder også enkelte «elementer af personbefordring med fly, bus, tog og skib» som ikke tilbys i byer eller forsteder eller som regional transport, jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav c). De relevante elementene av transporten som tilgjengelighetsdirektivet får anvendelse på er nettsteder og mobilenhetsbaserte tjenester, herunder mobilapplikasjoner, i tillegg til elektroniske billetter og elektroniske billettjenester, samt levering av transportopplysninger, herunder reiseinformasjon i sanntid.⁶⁸
- Til sist får direktivet anvendelse på «e-handelstjenester», jf. artikkel 2 nr. 2 bokstav f). E-handelstjenester er tjenester som formidles uten at partene er til stede samtidig, på individuell anmodning fra en forbruker, via nettsteder og til mobile enheter, med sikte på å inngå en forbrukeravtale. Nettløsninger som tilbyr netthandel, vil typisk omfattes av dette.

Vår vurdering er at de opplistede tjenestene, forutsatt at tilgjengelighetsdirektivet er et totalharmoniseringsdirektiv, uttømmende reguleres i tilgjengelighetsdirektivet. Det kan derfor ikke stilles strengere eller lempeligere krav til en virksomhet når virksomheten tilbyr en av de opplistede tjenestene. Det betyr at det nasjonale handlingsrommet til å utvide WADs virkeområde til private virksomheter etter vårt syn er absolutt begrenset av tilgjengelighetsdirektivets virkeområde. Samtidig vil det, som vist i punkt 3, være opp til medlemsstatene å regulere tjenester som faller utenfor tilgjengelighetsdirektivet. Slik vi ser

⁶⁸ Det er en særlig grenseflate mellom tilgjengelighetsdirektivet og WAD når det gjelder reguleringen av visse elementer av persontransport. Dette følger av tilgjengelighetsdirektivets fortale punkt (35): «Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2016/2102 (7) forpligter allerede offentlige organer, der leverer transporttjenester, herunder transporttjenester i byer og forsteder og regionale transporttjenester, til at gjøre deres websteder tilgjengelige. [...] Eftersom nærværende direktiv forpligter langt størstedelen av de private transporttjenesteydere til at gjøre deres websteder tilgjengelige, når de sælger billetter online, er det ikke nødvendigvis at indføre yderligere krav for websteder tilhørende transporttjenesteydere i byer og forsteder og regionale transporttjenesteydere i nærværende direktiv.»

det, betyr det for eksempel at det kan stilles strengere tilgjengelighetskrav til virksomheter når de tilbyr andre tjenester enn de som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet.

En kompliserende faktor for vurderingen av hvilke private virksomheter som kan underlegges WADs virkeområde er at det også følger av tilgjengelighetsdirektivet Bilag I «*Tilgjengelighetskrav for produkter og tjenester*», Afdeling III bokstav c at tjenesteyteren, ved levering av *øvrige tjenester* som tilgjengelighetsdirektivet omfatter, skal:

«gøre websteder, herunder de relaterede onlineapplikationer, og tjenester til mobile enheder, herunder mobilapplikationer, tilgjengelige på en ensartet og hensigtsmæssig måte ved at gjøre dem opfattelige, anvendelige, forståelige og robuste»

Slik vi forstår tilgjengelighetsdirektivet gjelder kravene imidlertid kun nettsteder og mobilapplikasjoner som brukes ved «*[l]evering[en] af tjeneste[n]*». Det er klart at kravene vil gjelde der selve tjenesten leveres gjennom en nettløsning, for eksempel der en forbruker overfører penger via nettbank eller handler via e-handelstjeneste. Vi antar imidlertid at kravene også gjelder der informasjonen om tjenesten etter Bilag I «*Tilgjengelighetskrav for produkter og tjenester*», Afdeling III bokstav b gis via en nettløsning, samt der støttetjenester etter bokstav d foregår via nettløsning. Dette er fordi denne typen informasjon og støtte kan anses å være en del av «*[l]evering[en] af tjeneste[n]*». Det betyr at også øvrige tjenester som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivets virkeområde er underlagt tilgjengelighetskravene som direktivet stiller for nettsteder og mobilapplikasjoner, når tjenesten tilbys via et nettsted eller en mobilapplikasjon. Tjenestene dette utgjør er følgende:

- Elektroniske kommunikasjonstjenester
- Elementer av persontransport med fly, buss, tog og skip som ikke tilbys i byer eller forsteder eller som regional transport:
 - Elektroniske billetter og elektroniske billettjenester
 - Levering av informasjon om transporttjenestene, herunder reiseinformasjon i sanntid
 - Interaktive selvbetjeningsautomater som ikke er integrert i et kjøretøy
- Forbrukerorienterte banktjenester
- E-bøker og tilhørende programvare

Vår vurdering er derfor at levering av også disse øvrige tjenestene som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet vil være underlagt den totalharmoniserende virkningen. Dette gjelder imidlertid kun så fremt tjenesten tilbys via enten et nettsted eller en mobilapplikasjon. I teorien vil derfor også dette begrense adgangen til å innføre WAD-krav for de tilfellene der private virksomheter tilbyr øvrige tjenester som er underlagt tilgjengelighetsdirektivets virkeområde.

Samtidig er det en betydelig overlapp mellom de generelle materielle kravene for universell utforming av nettsteder og mobilapplikasjoner som stilles i tilgjengelighetsdirektivet og i WAD, og virkningen vil i praksis muligens ikke være så betydelig for det nasjonale handlingsrommet.

I den forbindelse viser vi til at begge direktivene stiller krav om at de relevante nettstedene og mobilapplikasjonene skal være utformet på en måte som gjør de «*opfattelige, anvendelige, forståelige og robuste*». Dette fremgår som nevnt av tilgjengelighetsdirektivet Bilag I «*Tilgjengelighetskrav for produkter og tjenester*», Afdeling III bokstav c, samt direktivets fortale:

«(46) Direktiv (EU) 2016/2102 fastsetter tilgjengelighetskravene til offentlige organers websteder, mobilapplikationer og andre relaterede aspekter, navnlig kravene vedrørende de relevante websteders og mobilapplikationers oppfylldelse af kravene. Direktivet indeholder dog

også en særlig liste over undtagelser. Lignende undtagelser er relevante for nærværende direktiv. Visse aktiviteter, der finder sted via offentlige organers websteder og mobilapplikationer, såsom personbefordring eller e-handelstjenester, der er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, bør tillige opfylde de gældende tilgjengelighedskrav, der er fastsat i dette direktiv, for at sikre, at onlinesalg af produkter og tjenester er tilgængeligt for personer med handicap, uanset om sælger er en offentlig eller en privat erhvervsdrivende. De tilgjengelighedskrav, der er fastsat i dette direktiv, bør tilpasses til kravene i direktiv (EU) 2016/2102 til trods for forskelle med hensyn til f.eks. overvågning, rapportering og håndhævelse.

(47) De fire principper for tilgjengelighed for websteder og mobilapplikationer, der anvendes i direktiv (EU) 2016/2102, er: opfattelighed, dvs. at oplysninger og brugergrænsefladekomponenter skal kunne præsenteres for brugerne på måder, som de kan opfatte; anvendelighed, dvs. at brugergrænsefladekomponenter og -navigation skal kunne anvendes; forståelighed, dvs. at oplysninger og betjening af brugergrænsefladen skal være forståelig; og robusthed, dvs. at indhold skal være robust nok til at kunne fortolkes stabilt af en bred vifte af brugeragenter, herunder kompenserende teknologier. Disse principper er også relevante for nærværende direktiv»

For tjenestene som er underlagt tilgjengelighetsdirektivets virkeområde, for de tilfelle at tjenestene tilbys via et nettsted eller en mobilapplikasjon, er vår vurdering at tilgjengelighetskravene i WAD som skal regulere oppfyllelse av de fire hovedprinsippene om oppfattelighet, anvendelighet, forståelighet og robusthet kan stilles også for private virksomheter når de leverer tjenester som er underlagt tilgjengelighetsdirektivets virkeområde via et nettsted eller en mobilapplikasjon. Imidlertid vil ikke en regulering i tråd med de fire hovedprinsippene være *tilstrekkelig* i lys av de øvrige kravene som stilles i tilgjengelighetsdirektivet. Det betyr at virksomhetene som leverer tjenester som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet via et nettsted eller en mobilapplikasjon også må oppfylle de ytterligere kravene til tilgjengelighet som følger av tilgjengelighetsdirektivet.

Videre er vår vurdering at de øvrige materielle kravene i WAD til synstolkning av forhåndsinnspilt multimedieinnhold og krav til ekstranett og intranett, i lys av tilgjengelighetsdirektivets totalharmoniserende virkning, ikke kan pålegges virksomhetene som leverer tjenester som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet. Vi antar at dette også gjelder for virksomhetene som leverer produkter som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet. Årsaken er, slik vi ser det, at EU-lovgiver har ment å oppstille et totalharmonisert marked for disse produktene og tjenestene på tvers av landegrensene. Ytterligere krav til synstolkning av forhåndsinnspilt multimedieinnhold og til universell utforming av ekstranett og intranett for de relevante virksomhetene når de tilbyr tjenester eller selger produkter i Norge, vil etter vårt syn ikke være i tråd med EU-lovgivers hensikt.

Av den grunn mener vi at lovgiver *ikke* har et handlingsrom til å vedta fullstendig sammenfallende materielle tilgjengelighetskrav for virksomheter som tilbyr tjenester som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet og WAD. I dette ligger en begrensning for lovgiver til å utvide WADs virkeområde til private virksomheter.

Når det kommer til grenseflaten mellom de *prosessuelle* kravene som følger av WAD og tilgjengelighetsdirektivet, legger vi til at det er forskjeller i overvågning, rapportering og håndhevelse i de to direktivene. Det er også enkelte ulikheter i hvordan man skal dokumentere oppfyllelse av kravene i WAD og i tilgjengelighetsdirektivet.

WAD stiller som nevnt krav til en tilgjengelighetserklæring, som skal følge en bestemt standardtilgjengelighetserklæring som fastsettes i en gjennomføringsrettsakt som skal vedtas av Kommisjonen, jf. WAD artikkel 7. I motsetning til WAD, krever tilgjengelighetsdirektivet at tjenesteyteren skal gi opplysninger om vurderingen av hvordan den relevante tjenesten oppfyller tilgjengelighetskravene som tilgjengelighetsdirektivet stiller. Som utgangspunkt kan man altså si at det offentlige organet i WAD pålegges å gjøre en negativt avgrenset vurdering av nettstedet eller mobilapplikasjonens oppfyllelse av WADs krav, mens tjenesteyteren i tilgjengelighetsdirektivet pålegges å gi opplysninger om vurderingen av hvordan tjenesten oppfyller tilgjengelighetskravene, og dermed en positivt avgrenset vurdering av oppfyllelse. Det er vanskelig å si noe om begrunnelsen for hvorfor det er slik, og det finnes heller ikke holdepunkter i noen av direktivene som kan klargjøre dette.

Det følger av WAD artikkel 7 nr. 1 bokstav b at standarderklæringen også skal gi en beskrivelse av og en lenke til en tilbakemeldingsmekanisme som kan brukes av alle som benytter nettstedet eller mobilapplikasjonen. Denne bestemmelsen har ikke noe motstykke i tilgjengelighetsdirektivet.

Bokstav b har heller ikke noe klart motstykke i tilgjengelighetsdirektivet. Men, det fastsettes i artikkel 13 nr. 2 at tjenesteyteren skal utarbeide en oversikt over opplysningene som er relevante for tjenesten som skal offentliggjøres både skriftlig og muntlig, herunder på en måte som gjør de tilgjengelig for personer med funksjonsnedsettelse. Det ser heller ikke ut til å være tilsvarende krav i tilgjengelighetsdirektivet til at det skal gjøres tilgjengelig en lenke som viser til håndhevingsprosedyren, jf. bokstav c.

Oppsummert kan man si at de prosessuelle kravene i WAD i større grad retter seg mot brukerne av tjenesten og bidrar til at brukerne skal kunne komme med tilbakemeldinger til det offentlige organet i tilfeller hvor det avdekkes at deres nettsider eller mobilapplikasjoner ikke overholder kravene i WAD. Tilgjengelighetsdirektivet stiller i større grad krav til opplysningene som skal offentliggjøres, hvor det fremgår hvilke vurderinger tjenesteyteren har foretatt i relasjon til spørsmålet om tjenesten oppfyller kravene i tilgjengelighetsdirektivet.

Vi kan heller ikke forstå at det dermed er mulig å stille sammenfallende krav hva gjelder overvåkning, rapportering eller håndhevelse. Vår konklusjon er altså at tilgjengelighetsdirektivet stiller absolutte skranker for hvilke krav som kan innføres når private virksomheter tilbyr tjenester som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet.

5.3 Om adgangen til å unnta mikrobedrifter som leverer produkter fra prosessuelle krav

KMD har også stilt spørsmål ved om kravene til mikrobedrifter⁶⁹ som leverer produkter *skal* unntas dokumentasjonskrav, jf. tilgjengelighetsdirektivet artikkel 14, selv om fortalen punkt 71 har en rund formulering om at kravene *bør* innføres på en måte som letter den administrative byrden. På den bakgrunn er vi bedt om å vurdere om det er mulig å gjøre unntak for andre krav som innebærer administrative byrder, enn kun dokumentasjonskrav.

I fortalepunkt 71 fremgår følgende:

«For mikrovirksomheter, der handler med produkter, der er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde, bør kravene og forpligtelserne i dette direktiv være lempeligere for at mindske den administrative byrde.»

⁶⁹ For en nærmere redegjørelse for hvilke virksomheter som er å anse som «*mikrovirksomheter*», vises det til punkt 5.1.4 over.

Vi forstår fortelepunktet slik at det henviser til punktet over, punkt 70, hvor det fremgår:

«Mikrovirksomheder adskiller sig fra alle andre virksomheder i kraft af deres begrænsede menneskelige ressourcer, den årlige omsætning eller årlige balance. Byrden i forbindelse med opfyldelse af tilgjengelighedskravene for mikrovirksomheder vil derfor generelt lægge beslag på en større andel af deres finansielle og menneskelige ressourcer i forhold til andre virksomheder og er mere tilbøjelig til at udgøre en uforholdsmæssig stor andel af omkostningerne. En væsentlig andel af omkostningerne for mikrovirksomheder udspringer af udfyldelse af papirer og registerføring for at dokumentere, at de forskellige krav i EU-retten er opfyldt. Selv om alle erhvervsdrivende, der er omfattet af dette direktiv, bør være i stand til at vurdere proportionaliteten i opfyldelsen af tilgjengelighedskravene i dette direktiv, og kun bør opfylde dem, for så vidt som de ikke er uforholdsmæssig store, ville et krav om en sådan vurdering fra mikrovirksomheder, der leverer tjenester, i sig selv udgøre en uforholdsmæssig stor byrde.»

Tilgjengelighetsdirektivet oppstiller altså et generelt unntak for «mikrovirksomheder» som leverer tjenester, men ikke et generelt unntak for de mikrovirksomhetene som «handler med produkter». Det innebærer at mikrobedrifter som handler med produkter som nevnt i direktivets artikkel 2 nr. 1 er underlagt tilgjengelighetskravene oppstilt i artikkel 4 nr. 2, jf. vedlegg I avsnitt I og II, og enhver forpliktelse knyttet dertil. Tilgjengelighetsdirektivet artikkel 14 nr. 8 annet ledd oppstiller imidlertid et administrativt unntak for mikrobedrifter som handler med produkter. Her fremgår det at slike mikrobedrifter er unntatt fra plikten til å sende opplysninger til markedsmyndighetene dersom bedriften påberoper seg unntaket i artikkel 14 nr. 1 for et bestemt produkt.

Mikrovirksomheter som handler med produkter, er med andre ord unntatt fra plikter knyttet til *påberopelse* av forholdsmessighetsbegrensningen i tilgjengelighetsdirektivet og dokumentasjonskravet hertil. Det innebærer at mikrobedriften, etter å ha foretatt en vurdering av artikkel 14 nr. 1 og konkludert med at oppfyllelse av tilgjengelighetskravene medfører en «*grundlæggende ændring*» av produktet eller en «*uforholdsmæssig stor byrde*» for virksomheten, kan slå seg til ro med at bedriften har oppfylt sine forpliktelser i henhold til tilgjengelighetsdirektivet artikkel 14, inntil markedsmyndighetene eventuelt etterspør opplysninger som nevnt i artikkel 14 nr. 4.

Derimot er mikrobedriften, på anmodning fra markedsmyndigheten, pålagt å «*give myndigheten de oplysninger*» som er relevante for virksomhetens vurdering etter tilgjengelighetsdirektivet artikkel 14 nr. 2, jf. nr. 1. Pålegget har sammenheng med at også mikrobedriftene likevel er forpliktet til å foreta en *vurdering* av om tilgjengelighetskravene medfører en «*grundlæggende ændring*» av produktets art eller om markedsdeltakeren pålegges en «*uforholdsmæssig stor byrde*». Når en slik vurdering da først er foretatt, er det ikke ansett urimelig byrdefullt om mikrovirksomheten må fremlegge de faktiske opplysninger som er relevante i den sammenheng. Motsetningsvis er det ikke noen plikt til å fremlegge selve vurderingen, da utformingen av denne vil være tid- og kostnadskrevende, og dermed byrdefullt for mikrobedriften.

Det er altså kun plikten til å *foreta* en vurdering av hvorvidt et krav om tilgjengelighet vil utgjøre en uforholdsmessig stor byrde som gjenstår for mikrovirksomheter i artikkel 14. I lys av den viktige kontrollfunksjonen dette kravet muliggjør for markedsmyndigheten, kan vi ikke se at det er adgang til å unnta mikrovirksomheter fra dette kravet. I så fall ville markedsmyndigheten i realiteten miste enhver kontrollmulighet overfor mikrovirksomhetene som handler med produkter, noe vi antar vil medføre en generell uthulning av tilgjengelighetskravene som pålegges mikrovirksomheter. I praksis ville en mikrovirksomhet under henvisning til at tilgjengelighetskravene er uforholdsmessige kunne unnta hele sin

produktflåte fra kravene som stilles uten å måtte vise til hvilken vurdering som ligger til grunn for avgjørelsen. Vår vurdering er at dette strider med direktivets formål

Vi mener av den grunn at mikrovirksomheter ikke kan unntas ytterligere administrative byrder som de pålegges i artikkel 14.

Videre er *alle* markedsaktørene som er omfattet av tilgjengelighetsdirektivet underlagt overordnede forpliktelser til å kun bringe i omsetning produkter som er i samsvar med regelverket, noe som medfører en rekke kontrollforpliktelser samt forpliktelser til å utarbeide samsvarserklæringer og CE-merke produkter i tråd med de relevante harmoniserte standardene, jf. artikkel 7-11. KMD har ikke vist konkret til disse forpliktelsene i sitt spørsmål, men vi antar at en vurdering av adgangen til å gjøre unntak for også disse «*administrative byrdene*» er relevant.

Forpliktelsene som oppstilles til markedsdeltakerne er i utgangspunktet noe ulike ut fra hvilken markedsdeltaker det er snakk om. De strengeste forpliktelsene er lagt til *produsenten*. Produsentens forpliktelser kan likevel gjelde for importørene og distributørene i visse tilfeller.

Kravene til *markedsdeltakerne* er til tider detaljerte, og det stilles strenge krav til utarbeiding og oppbevaring av dokumentasjon på og erklæringer om at produktene er i samsvar med direktivets krav. I tillegg stilles krav om at produktene skal CE-merkes for å vise at tilgjengelighetskravene er overholdt. Reglene for overensstemmelseserklæring og CE-merking er nærmere spesifisert i artikkel 16-18. I artikkel 16 nr. 2 fremgår det at:

*«EU-overensstemmelseserklæringen skal følge den model, der er fastsat i bilag III til Europa-Parlamentets og Rådets afgørelse nr. 768/2008/EF. Den skal indeholde de elementer, der er anført i bilag IV til dette direktiv, og løbende ajourføres. **Kravene vedrørende den tekniske dokumentation må ikke medføre en urimelig byrde for mikrovirksomheder og små og mellemstore virksomheder.** Den oversættes til det eller de sprog, der kræves af den medlemsstat, hvor produktet bringes i omsætning eller gøres tilgængeligt.»* (vår utheving)

Bestemmelsen åpner etter vår vurdering for at mikrovirksomheter og små og mellomstore virksomheter kan unntas fra krav i forbindelse med utarbeidelse av overensstemmelseserklæringen så kravene medfører en «*urimelig byrde*». Likevel mener vi det ikke er adgang til å fullstendig unnta mikrovirksomheter fra det overordnede kravet om å utarbeide en samsvarserklæring, men at det må avgjøres hvilke krav den tekniske dokumentasjonen skal oppfylle og deretter gjøres en vurdering av hvilke av disse kravene som vil medføre en urimelig byrde for mikrovirksomheter og små og mellomstore virksomheter å oppfylle. Kun kravene som medfører en urimelig byrde kan sannsynligvis unntas for mikrovirksomheter og små og mellomstore virksomheter.

For øvrige kontrollfunksjoner og CE-merking er det ikke uttrykkelig fastsatt en adgang i direktivet til å unnta mikrovirksomheter fra de tilknyttede kravene. I lys av vår vurdering under punkt 3 om at direktivet er totalharmoniserende, er det vår vurdering at mikrovirksomhetene må oppfylle disse kravene.

For øvrig viser vi til at medlemsstatene er pålagt å utarbeide retningslinjer og andre nødvendige verktøy som letter mikrobedrifters anvendelse av de nasjonale regler som innarbeider tilgjengelighetsdirektivet. Begrunnelsen for pålegget er de hensyn som begrunner direktivet for øvrig, herunder ønsket om å bedre rammebetingelsene for næringslivet, samt om å sikre tilgjengelighet av produkter og tjenester for personer med nedsatt funksjonsevne, jf. artikkel 4 nr. 6.
