



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 19. desember 2019 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg  
dommer Bergljot Webster  
dommer Knut H. Kallerud  
dommer Per Erik Bergsjø  
dommer Borgar Høgetveit Berg

**HR-2019-2400-A, (sak nr. 19-155186STR-HRET)**  
Anke over Borgarting lagmannsretts dom 23. august 2019

A (advokat Bendik Falch-Koslung)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Erik Førde)

## S T E M M E G I V N I N G

- (1) Dommer **Webster**: Saken gjelder straff for brudd på et innreiseforbud etter utvisning og reiser særlig spørsmål om domstolenes prøving av et slikt forvaltningsvedtak i straffesaker.
- (2) Dommen avklarer at når domstolene skal prøve gyldigheten av et forvaltningsvedtak prejudisielt i en straffesak, skal prøvingen skje etter de samme prinsipper som i en sivil sak. Dommen gir også veiledning for den nedre terskelen for utvisning av EØS-borgere uten varig oppholdsrett i Norge.
- (3) **Sakens bakgrunn**
- (4) A er født i 1991 og er svensk statsborger. Han flyttet fra Sverige til sin far i Norge da han var ti år gammel, og bodde her i seks og et halvt år. Seksten år gammel meldte han flytting til Sverige og gikk på videregående skole der. Som 23-åring, i 2014, meldte han flytting tilbake til Norge. Det er omtvistet i hvilken grad han bodde i Norge også før 2014. For Høyesterett er det lagt frem utskrift fra arbeidstakerregisteret som viser at A var registrert som arbeidstaker i Norge fra 8. april 2013 til 11. desember 2013.
- (5) A har far, stemor og stesøsken i Norge, men opplyses å være uten fast bopel. Han har i perioder fra 2014 vært i arbeid i Norge.
- (6) Fra Sverige har han to straffedommer; én fra 2011 og én fra 2014. I Norge ble han første gang domfelt i 2015 og deretter én gang i 2016. Etter den sistnevnte dommen vurderte Utlendingsdirektoratet – UDI – å utvise A, men fattet i juni 2016 vedtak om ikke å utvise. I 2017 vedtok han to forelegg. Foreleggene førte til at han mottok forhåndsvarsel om utvisning i september 2017. Varselet ble ikke fulgt opp med et vedtak. Deretter ble A domfelt i Oslo tingrett 4. april 2018. Som følge av dette mottok han et tilleggsforhåndsvarsel om utvisning 5. juli 2018. Den 3. juli 2018 ble han på nytt dømt i Oslo tingrett. Bakgrunnen for dommene og foreleggene er blant annet bilbrukstyveri, overtredelse av vegtrafikkloven, narkotikakriminalitet, vinningskriminalitet, tagging, bæring av kniv på offentlig sted og lignende. Det dreier som om relativt omfattende kriminalitet, men lovbruddene er isolert sett ikke særlig alvorlige.
- (7) Som følge av hans fortsatte kriminelle aktivitet og i tråd med forhåndsvarslene, fattet UDI i september 2018 vedtak om utvisning av A fra Norge, jf. utlendingsloven § 122 første ledd. Innreiseforbudets varighet ble satt til to år, jf. § 124.
- (8) Vedtaket ble påklaget til Utlendingsnemnda – UNE. En nemndleder traff vedtak 3. januar 2019 hvor klagen ikke førte frem. A ble uttransportert fra Norge til Sverige 1. april 2019.
- (9) Den 5. juni 2019 ble det på ny tatt ut tiltale mot A blant annet for overtredelse av utlendingsloven § 108, fordi han hadde kommet til Norge i strid med innreiseforbudet. Han ble også tiltalt for brukstyveri av motorvogn, jf. straffeloven § 342, overtredelse av straffeloven § 321, subsidiært straffeloven § 332, for tyveri, subsidiært heleri av en bajonettsag, samt overtredelser av vegtrafikkloven og legemiddeloven.
- (10) I Oslo tingretts dom 17. juni 2019 ble A dømt etter tiltalen. Dommen har slik domsslutning:

- «1. A, født 00.00.1991, dømmes for overtredelse av straffeloven § 342 tredje ledd, jf. første ledd, utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e, jf. § 124 første ledd, straffeloven § 321, vegtrafikkloven § 31, jf. § 22 første ledd, vegtrafikkloven § 31 første ledd, jf. § 24 første ledd første punktum og legemiddeloven § 31 annet ledd, jf. § 24 første ledd – det hele sammenholdt med straffeloven § 79 bokstav a og b – til fengsel i 1 – ett – år og 1 – en – måned. Varetekt kommer til fradrag med 29 – tjuei – dager, jf. straffeloven 2005 § 83.
- 2. A, født 00.00.1991 dømmes til å tåle inndragning av bajonettesag med batteri og sagblad til staten, jf. strl. § 67.
- 3. A, født 00.00.1991 idømmes sperrefrist for å erverve førerrett for førerkortpliktig motorvogn for alltid, jf. vegtrafikkloven § 24 a annet ledd, jf. tapsforskriften § 3-3 og § 4-1.»

- (11) A anket til lagmannsretten over bevisbedømmelsen og lovanvendelsen i tilknytning til overtredelsen av innreiseforbudet. De øvrige forholdene ble dermed rettskraftig avgjort ved tingrettens dom.
- (12) Borgarting lagmannsrett avsa dom 23. august 2019 hvor anken over tingrettens dom ble forkastet.
- (13) A har anket til Høyesterett. Anken gjelder kun lagmannsrettens lovanvendelse for tiltaleposten om innreise etter utvisning, jf. utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e.
- (14) I forbindelse med høyesterettssaken har aktor henvendt seg til UNE og bedt om en fornyet vurdering av vedtaket om utvisning. UNE besluttet 11. desember 2019 ikke å omgjøre vedtaket. Det er i tillegg lagt frem utskrifter fra arbeidstakerregisteret som viser hvilke perioder A har vært registret som arbeidstaker i Norge.
- (15) **Mitt syn på saken**
- (16) Det prinsipielle spørsmålet i saken er hvorvidt domstolene skal foreta en prejudisiell vurdering av gyldigheten av et vedtak om utvisning og innreiseforbud i en straffesak om overtredelse av forbudet. Hvis det skal foretas en slik vurdering, oppstår spørsmålet om det konkrete utvisningsvedtaket er ugyldig og derfor ikke kan gi grunnlag for straff.
- (17) Innledningsvis vil jeg gjøre rede for det regelverket som vedtaket bygger på.
- (18) ***Utlendingslovens regler om opphold, utvisning og innreiseforbud for EØS-borgere – straffebestemmelsen***
- (19) EØS-borgere har rett til å oppholde seg i Norge utover tre måneder blant annet hvis de er arbeidstakere eller selvstendig næringsdrivende eller studerer i Norge, jf. utlendingsloven § 112. Bestemmelsen er inntatt i kapittel 13, som implementerer direktiv 2004/38/EF. Familiemedlemmer til en person som oppfyller vilkårene i § 112, har avledete rettigheter til opphold etter § 113. En EØS-borger som har slikt sammenhengende opphold i riket i mer enn fem år, får varig oppholdsrett, jf. § 115 første ledd første setning. Oppholdsretten bortfaller hvis innehaveren oppholder seg utenfor riket i mer enn to påfølgende år, jf. § 115 første ledd siste setning.

- (20) Nordiske borgere trenger ikke fylle vilkårene i utlendingsloven § 112 for å bosette seg i Norge, jf. utlendingsloven § 5 andre ledd. Når det gjelder utvisning og innreiseforbud, reguleres dette av bestemmelsene for EØS-borgere.
- (21) Utvisning av EØS-borgere er regulert i utlendingsloven § 122. Det gjelder forskjellige terskler avhengig av om utlendingen har «varig oppholdsrett» i Norge eller ikke.
- (22) A er utvist fra Norge etter utlendingsloven § 122 første ledd, som regulerer utvisning av EØS-borger som ikke har varig oppholdsrett i Norge. De relevante delene av bestemmelsen lyder:
- «EØS-borgere ... kan utvises når hensynet til offentlig orden eller sikkerhet tilsier det. Det er et vilkår for utvisning at det hos utlendingen foreligger, eller må antas å foreligge, personlige forhold som innebærer en virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn.»**
- (23) Utlendingsloven § 122 andre ledd bokstav a gjelder utvisning av EØS-borgere med «varig oppholdsrett» i Norge. For at en utlending med slik rett skal kunne utvises, må «tungtveiende hensyn til offentlig orden eller sikkerhet» tilsi utvisning. UNE benyttet ikke denne bestemmelsen ved utvisningen av A, fordi han ikke ble ansett for å ha rettigheter etter utlendingsloven § 115.
- (24) Utvisning kan ikke i noe tilfelle besluttes dersom det er et uforholdsmessig tiltak, jf. § 122 fjerde ledd.
- (25) Av utlendingsloven § 124 følger at utvisning etter § 122 er til hinder for senere innreise. Innreiseforbudet kan gjøres varig eller tidsbegrenset, men kan ikke settes til et kortere tidsrom enn to år. A ble ilagt innreiseforbud i tråd med lovens minimum – to år.
- (26) Straffebestemmelsen i utlendingsloven § 108 tredje ledd bokstav e fastsetter at den som forsettlig eller uaktsomt overtrer et innreiseforbud etter lovens § 124 første ledd, kan straffes med fengsel i inntil to år.
- (27) A anfører at innreiseforbudet overfor ham er ugyldig, og at han derfor ikke kan straffes for overtredelsen av forbudet. Dette bringer meg over i det første spørsmålet i saken.
- (28) ***Skal domstolene prøve gyldigheten av det underliggende vedtaket om utvisning og innreiseforbud i en straffesak om overtredelse av forbudet?***
- (29) Gyldigheten av et forvaltningsvedtak kan angripes ved sivil søksmål for domstolene. Spørsmålet her er om gyldigheten også kan angripes i straffesak slik at dette spørsmålet må prøves prejudisielt.
- (30) Når et vedtak som pålegger byrder eller setter forbud – som et innreiseforbud – er ugyldig, har den forbudet retter seg mot, som hovedregel ikke plikt til å respektere forbudet, og kan dermed ikke straffes for å overtre det. Jeg viser til Rt-1978-1259, som er fulgt opp i Rt-2015-493, og til Eckhoff og Smith: Forvaltningsrett, 11. utgave, 2018 side 523. Unntak gjelder hvis den vedtaket retter seg mot, har lydighetsplikt. Det er ikke tilfellet her.
- (31) Det er altså et *straffbarhetsvilkår* at den aktuelle innreisen har skjedd i strid med et gyldig forbud mot innreise, jf. HR-2019-2282-U avsnitt 15. Dette innebærer at domstolene i en

straffesak må vurdere om vedtaket er gyldig, på samme måte som domstolen må vurdere om de øvrige straffbarhetsvilkårene er oppfylt. At domstolene skal foreta en slik prejudisiell prøving i straffesaker, er også forutsatt i forarbeidene til forvaltningsloven, se NUT 1958: 3 side 361.

- (32) Dette er annerledes for begunstigende vedtak der det i utgangspunktet gjelder et forbud, og hvor den som vil utøve virksomheten, er avhengig av en tillatelse. Selv om et avslag på tillatelse er ugyldig, vil normalt ikke søkeren være berettiget til å utøve virksomheten. Jeg viser til HR-2019-282-S *Snøkrabbe* avsnitt 71. Dette er ikke situasjonen i den foreliggende saken, og jeg går ikke nærmere inn i problemstillingen.
- (33) Situasjonen er også annerledes der lovgiver uttrykkelig har begrenset adgangen til prejudisiell prøving. Dette er for eksempel tilfelle i adopsjonsloven § 28 andre ledd, hvor det heter at spørsmålet om gyldigheten av et adopsjonsvedtak ikke kan tas opp til prejudisiell prøving i en sak som gjelder et annet spørsmål.
- (34) I den foreliggende straffesaken er det ikke tvilsomt at vedtakets gyldighet må prøves prejudisielt. Både aktor og forsvarer er enige i dette.
- (35) Det neste spørsmålet er *hvilke prinsipper* prøvingen skal skje etter, og hvor *grundig* domstolen skal ettergå gyldigheten av innreiseforbudet i straffesaken.
- (36) I HR-2019-2282-U, som var en fengslingssak, la Høyesteretts ankeutvalg til grunn at prøvingen ikke ville være like omfattende som ved pådømmelsen av straffesaken, se avsnitt 20:
- «... I denne sammenheng understreker ankeutvalget den grunnleggende forskjellen i omfanget av bevisførselen i en hovedforhandling sammenlignet med en fengslingssak. Dette må også ha betydning for prøvingen av vedtakets gyldighet. Det kan derfor ikke kreves at retten i en fengslingssak går like grundig inn i gyldighetsspørsmålet som det som etter omstendighetene kan være nødvendig ved pådømmelse av saken. ...»**
- (37) Synspunktet er en konsekvens av at det er forskjell på omfanget av bevisføringen i behandlingen av fengslingssaker og under hovedforhandlingen. Ved prøvingen i straffesaken er det full bevisførsel og kontradiksjon om alle sider av saken.
- (38) Derimot kunne det være et argument for tilbakeholdenhet at det forvaltningsorganet som har truffet vedtaket, ikke er representert i straffesaken. En representant for forvaltningen kan føres som vitne, men det vil bero på aktørenes skjønn i den enkelte sak. Aktor er normalt ikke spesialist på det aktuelle forvaltningsområdet, og aktørene i straffesaken har ofte oppmerksomheten rettet mot de rent strafferettslige spørsmålene. Straffesaken følger dessuten en annen prosessform og er generelt innrettet på en annen måte enn sivilrettslig overprøving av forvaltningsvedtak.
- (39) Sterke reelle hensyn taler imidlertid for at domstolenes prøving av et forvaltningsvedtak i en straffesak bør være den samme som i en sivil sak. Siden det er et straffbarhetsvilkår at det underliggende forvaltningsvedtaket er gyldig, må prøvingen her være like grundig som for de øvrige straffbarhetsvilkårene. Utfallet av prøvingen av vedtakets gyldighet bør heller ikke være påvirket av hvilken prosessform spørsmålet kommer opp i.

- (40) En side av dette er hvilket krav som skal stilles til beviset for det faktum forvaltningen har lagt til grunn for forvaltningsvedtaket. I fengslingsaken i HR-2019-2282-U avsnitt 19 er det slått fast at det ordinære beviskravet etter straffeprosessloven § 171 gjelder for vurderingen av om vedtaket bygger på uriktig faktum. Basert på dette har A anført at faktum i vedtaket må være bevist ut over enhver rimelig og fornuftig tvil for at det skal kunne legges til grunn ved pådømmelse i straffesaken.
- (41) Dette er jeg ikke enig i. Uttalelsen i HR-2019-2282-U avsnitt 19 må forstås på bakgrunn av at beviskravet i fengslingsaken og forvaltningssaken i det vesentlige er det samme. Jeg viser til redegjørelsen for beviskravet i kjennelsens avsnitt 11, med videre henvisning til Rt-2004-887 avsnitt 12. Ankeutvalget tok ikke stilling til hvilket beviskrav som gjelder ved prøving av et forvaltningsvedtak i selve straffesaken.
- (42) Etter mitt syn må de samme beviskravene gjelde når gyldigheten av et forvaltningsvedtak prøves i en straffesak, som i en sivil sak. En annen løsning kunne medføre forskjellig utfall i straffesaken og den sivile saken, slik at et gyldig forvaltningsvedtak straffritt vil kunne neglisjeres. Et slikt utfall fremstår systemfremmed og har ikke støtte i rettskildene. Generelt bør derfor domstolenes prejudisielle prøving av forvaltningsvedtaks gyldighet i straffesaker skje på samme måte og følge de samme prinsippene som ved et sivil søksmål om gyldigheten.
- (43) For behandlingen i Høyesterett følger det imidlertid av straffeprosessloven § 306 andre ledd at anker til Høyesterett ikke kan «grunnes på feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet». Dette er forstått slik at Høyesterett overhodet ikke har kompetanse til å prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, se avgjørelsen fra Høyesteretts ankeutvalg i Rt-2015-463 avsnitt 7. For skyldspørsmålets del må Høyesterett bygge på lagmannsrettens beskrivelse av det faktum den har funnet bevist.
- (44) Det er mulig å se for seg en ordning hvor prøvingen av et forvaltningsvedtak følger reglene for sivil prøving fullt ut, slik at Høyesterett som en del av den prejudisielle prøvingen av vedtaket kunne prøve det faktum vedtaket bygger på. I mangel av andre holdepunkter legger jeg til grunn at den alminnelige regelen i straffeprosessen gjelder fullt ut. Kompetansebegrensningen i § 306 andre ledd kommer altså til anvendelse også for Høyesteretts prejudisielle prøving i straffesaker av faktum i et forvaltningsvedtak. På dette punktet blir prøvingen derfor ikke fullt ut parallell for de to prosessformene.
- (45) Selv om Høyesterett i utgangspunktet ikke kan prøve bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet, kan den sette lagmannsrettens bevisbedømmelse til side hvis den strider mot vitterlige kjensgjerninger eller klare og uomtvistelige faktiske forhold, jf. blant annet Rt-2009-801 avsnitt 17. Dette må gjelde tilsvarende ved prøving av faktum som forvaltningsvedtaket bygger på.
- (46) Omfanget av domstolens prejudisielle prøving av forvaltningsvedtaket må – her som ellers – tilpasses omstendighetene og det som er anført i den enkelte sak.
- (47) Jeg ser ikke bort fra at det kan tenkes andre unntak fra utgangspunktet om at domstolenes prejudisielle prøving av forvaltningsvedtaks gyldighet i straffesaker skjer etter de samme regler som ved et sivil søksmål om gyldigheten. Saken gir imidlertid ikke grunnlag for å gå nærmere inn på dette.

- (48) Med dette som bakgrunn går jeg over til den konkrete vurderingen av As sak.
- (49) ***Prøvingen av gyldigheten av vedtaket om innreiseforbud***
- (50) A har anført at vedtaket om innreiseforbud er ugyldig av en rekke grunner. Jeg vil drøfte disse i det følgende og bygger vurderingene på det faktum lagmannsretten har funnet bevist, supplert med vitterlige kjensgjerninger som har fremkommet ved behandlingen i Høyesterett.
- (51) *Bygger vedtaket på feil faktum?*
- (52) A anfører at det foreligger feil ved faktum i utvisningsvedtaket. Feilen består i at UNE har oversett en periode hvor A arbeidet i Norge. Konsekvensen av feilen er at utvisningen – og dermed innreiseforbudet – er blitt vurdert etter utlendingsloven § 122 første ledd og ikke etter andre ledd bokstav a, som gjelder for utlending med varig oppholdsrett i Norge.
- (53) Lagmannsretten har lagt til grunn at A bodde i Sverige frem til 3. juli 2014. Opplysninger fra arbeidstakerregisteret og inntektsopplysninger underbygger imidlertid at A arbeidet i Norge i perioden 8. april 2013 til 11. desember 2013. Disse opplysningene må anses som vitterlige kjensgjerninger. Hva som kan sluttes ut av dokumentene, kan være mer tvilsomt. Jeg er likevel enig med A i at dokumentene kan tilsi at han har hatt et mer omfattende opphold i Norge enn det UNE la til grunn. Om dette er tilfellet, ligger det uansett utenfor Høyesteretts kompetanse å ta stilling til. Jeg viser til min gjennomgang av straffeprosessloven § 306 andre ledd.
- (54) At dette ikke er nærmere kommentert i UNEs utvisningsvedtak, kan etter omstendighetene utgjøre en saksbehandlingsfeil som kan gjøre vedtaket ugyldig.
- (55) Når dette etter mitt syn likevel ikke kan lede til opphevelse av lagmannsrettens dom, er det fordi den dokumentasjonen A nå har lagt frem, uansett ikke medfører at den høyere terskelen i utlendingsloven § 122 andre ledd bokstav a kommer til anvendelse. «Varig oppholdsrett» fordrer fem års sammenhengende opphold i Norge med grunnlag i utlendingsloven §§ 112 og 113. Dokumentasjonen indikerer at A har vært i Norge i den aktuelle nīmānedersperioden, og at han kan ha oppfylt kravene i utlendingsloven § 112 i samme periode, men det belegger ikke at han hadde hatt fem års sammenhengende botid i Norge da utvisningsvedtaket ble fattet, jf. utlendingsloven § 115. Ifølge ubestridte opplysninger fra UNE var han ikke registrert i arbeidstakerregisteret fra 11. desember 2013 til 22. juni 2015. Han var heller ikke registrert fra januar 2017 til oktober 2018. Han har dermed ikke oppfylt vilkårene i utlendingsloven § 112 for store deler av perioden han har vært i Norge som voksen.
- (56) Når feilen uansett ikke kan ha virket inn på vedtaket, følger det av forvaltningsloven § 41 at feilen ikke medfører ugyldighet.
- (57) *Er det en saksbehandlingsfeil i vedtaket fordi det ikke er vurdert om A oppnådde «varig oppholdsrett» som barn?*
- (58) A anfører at vedtaket også inneholder en selvmotsigelse. Det fremgår av vedtaket at UNE var klar over at han bodde i Norge i mer enn fem år som barn. Likevel har ikke UNE vurdert om dette ga varig oppholdsrett etter § 115, jf. § 113.

- (59) I UNEs vedtak – og lagmannsrettens dom – er det lagt til grunn at A bodde i Norge fra han var 10 til han var 16 år. Han tok videregående skole i Sverige. Hvor lenge han etter det bodde i Sverige, er det ulike opplysninger om. Lagmannsretten har lagt til grunn at han bodde i Sverige til han meldte flytting til Norge da han var 23 år gammel.
- (60) For så vidt gjelder perioden A var i Norge som barn, oppfylte han ikke selv kravene i utlendingsloven § 115, jf. § 112. Men et familiemedlem kan oppnå varig oppholdsrett etter § 115, jf. § 113. Varig opphold for A forutsetter at hans far hadde opphold som tilfredsstilte vilkårene i § 112. Hvorvidt det er tilfellet, har lagmannsretten ikke behandlet. Jeg går ikke nærmere inn i vurderingen av faktum her, ettersom Høyesterett ikke har kompetanse til å prøve dette.
- (61) UNE har ikke drøftet om A oppnådde varig oppholdsrett som barn. Det er mulig også dette utgjør en saksbehandlingsfeil. Når heller ikke denne mulige saksbehandlingsfeilen kan lede til at vedtaket er ugyldig, er det fordi A etter mitt syn uansett mistet den eventuelle varige oppholdsretten han oppnådde som barn, som følge av at han flyttet fra Norge som 16-åring og bodde i Sverige i flere år.
- (62) Etter utlendingsloven § 115 første ledd siste punktum bortfaller den varige oppholdsretten «hvis innehaveren oppholder seg utenfor riket i mer enn to påfølgende år». Bestemmelsen bygger på direktiv 2004/38/EF artikkel 16 nr. 4, hvor det heter:
- «Når retten til fast opphold er oppnådd, skal den gå tapt bare ved et fravær fra vertsstaten som overstiger to sammenhengende år.»**
- (63) I lovforarbeidene, Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) side 40, er bestemmelsen kommentert:
- «Ein taper den varige opphaldsretten i medhald av direktivet ved opphald utanfor vertslandet i to samanhengande år, jf. artikkel 16 nr. 4. ... Grunnen er at tilknytninga til vertslandet da vert rekna som så svekt at det er unaturleg å halde på den varige opphaldsretten.»**
- (64) A har vist til Elspeth Guild med flere, The EU Citizenship Directive. A Commentary, 2. utgave 2019 side 210, hvor forfatterne tolker ordlyden slik at oppholdsretten etter direktivets artikkel 16 kan holdes ved like bare man er tilbake i vertsstaten én dag innenfor toårsperioden, og at en ny toårsperiode da begynner å løpe. Hvis det legges til grunn, kan den varige oppholdsretten forlenges ubegrenset – selv om den reelle tilknytningen til vertsstaten er minimal. Det er ikke vist til andre kilder som støtter tolkningen. En slik forståelse harmonerer dårlig med forarbeidenes beskrivelse av begrunnelsen for toårsregelen: Hvis man har oppholdt seg i et annet land i to år, er det grunn til å regne med at tilknytningen er svekket, og det er lite naturlig at den varige oppholdsretten består.
- (65) Også Vigdis Vevstad, lovkommentar til utlendingsloven, i kommentarene til § 115, Juridika, ajourført per 1. juni 2012, synes å forutsette at det ikke er tilstrekkelig for å opprettholde den varige oppholdsretten at man innimellom er på besøk i vertsstaten:
- «Etter § 115 første ledd fjerde punktum faller den varige opphaldsretten bort dersom innehaveren oppholder seg utanfor riket i mer enn to påfølgende år. Det er i Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) s. 40 lagt til grunn at så vel ‘utflytting i formell forstand’ som faktisk opphold utanfor landet kan føre til tap av den varige opphaldsretten. Det spørres om ikke direktivets tilsvarende regel på dette punkt – artikkel 16 nr. 4 – her må tolkes slik at den**



får samme innhold i alle EØS-land, og i så fall kan det neppe være avgjørende at vedkommende i henhold til nasjonal rett formelt regnes for å være utflyttet. Her kan jo nasjonal rett være forskjellig fra land til land. Det avgjørende må snarere være den reelle situasjonen. I den grad vedkommende i et par år har reist en del frem og tilbake mellom Norge og et annet land, slik at det kan være tvil om personen har tatt opphold utenfor Norge, kan det vel imidlertid være av betydning om vedkommende har meldt utflytting i formell forstand og dermed selv tilkjennegitt at vedkommende ikke lenger regner seg som bosatt i Norge.»

- (66) A meldte utflytting fra Norge i 2007 og tilkjennega på den måten at han ikke lenger regnet seg som bosatt i Norge. At han i den etterfølgende seksårsperioden antakelig innimellom har besøkt sin far i Norge, medfører ikke en slik tilknytning til Norge at den eventuelle varige oppholdsretten er beholdt. Det er ikke anført annet grunnlag for opprettholdelse av den varige oppholdsretten enn besøkene hos faren. Den eventuelle feilen det er at dette ikke er nærmere drøftet av UNE, har dermed ikke virket inn på vedtakets innhold, jf. forvaltningsloven § 41.
- (67) Dette medfører at det heller ikke er feil rettsanvendelse at utvisningen av A har blitt vurdert etter utlendingsloven § 122 første ledd og ikke etter den høyere terskelen i andre ledd bokstav a for EØS-borgere med varig oppholdsrett.
- (68) *Lovanvendelsen knyttet til vilkårene for utvisning etter utlendingsloven § 122 første ledd*
- (69) A anfører videre at vilkårene for utvisning etter utlendingsloven § 122 første ledd uansett ikke er oppfylt.
- (70) Paragraf 122 første ledd innebærer at EØS-borgere uten varig oppholdsrett kan utvises blant annet hvis «hensynet til offentlig orden» tilsier det. Det må dessuten foreligge personlige forhold hos utlendingen som innebærer en «virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn», jf. også utlendingsforskriften § 19-29.
- (71) Bestemmelsen bygger på direktiv 2004/38 EF artikkel 27 nr. 1 og 2. Direktivet viderefører direktiv 64/221/EØF.
- (72) Kriminalitetsbekjempelse ligger innenfor uttrykket «offentlig orden», se NOU 2004: 20 Ny utlendingslov side 305. Utvisningen kan imidlertid ikke begrunnes med allmennpreventive hensyn, jf. EF-domstolens avgjørelse 26. februar 1975 i sak 67/74 *Bonsignore* avsnitt 5–7. Det må – som ordlyden tilsier – være utlendingens personlige forhold som utgjør en reell, aktuell og tilstrekkelig alvorlig trussel. Dette presiseres ytterligere i Ot.prp. nr. 72 (2007–2008) side 42:

«EF-domstolen har uttalt at kriminelle handlingar eller forstyrringar av offentlig orden som er gjorde tidlegare, berre kan tilleggast vekt dersom dei omstenda som låg til grunn for brotsverket eller ordensforstyrringa gir god grunn til å rekne med at det personlege forholdet til utlendingen er slik at det representerer eit trugsmål mot offentlig orden eller tryggleik. Tidlegare straffedom kan i prinsippet og unntaksvis vere tilstrekkeleg til å vurdere utlendingen som eit trugsmål slik at utvisning kan skje. Dette kan tenkjast å vere situasjonen der det blir pådømd strenge fengselsstraffer i samband med alvorleg organisert kriminalitet. Dersom det ligg føre fleire straffedommar for same typen lovbrøt, til dømes alvorlege vinningsbrottsverk, vil dette også tilseie at utlendingen har ei personleg åtferd som kan grunnngi utvisning frå vertslandet.»

- (73) I Rt-2009-705 avsnitt 40–41 er det, under henvisning til EF-domstolens dom 27. oktober 1977 i sak 30/77 *Bouchereau* i påfølgende avsnitt trukket frem at tidligere straffedommer bare vil være «relevante i den utstrekning dommene, sammen med de øvrige omstendigheter i den konkrete sak, kan gi grunnlag for å trekke slutninger med hensyn til mulig fremtidig adferd».
- (74) UDI har gitt retningslinjer for bortvisning og utvisning av EØS-borgere, UDI 2010-022. Om gjentatt kriminalitet av mindre alvorlighetsgrad heter det i punkt 3.3.4:
- «Gjentatt kriminalitet av mindre alvorlighetsgrad kan utgjøre en trussel mot offentlig orden selv om det enkelte lovbrudd alene ikke er å anse som en tilstrekkelig alvorlig trussel. Gjentatt kriminalitet er imidlertid ikke i seg selv tilstrekkelig for å fastslå at det foreligger en trussel mot offentlig orden. Den straffbare handlingens art og alvor, hyppigheten av handlingene og skaden som følge av handlingen vil være relevante momenter å se hen til, jf. sak C-349/06 Polat (avsnitt 35).»**
- (75) Jeg er enig i denne forståelsen.
- (76) A er domfelt seks ganger før den aktuelle saken, to ganger i Sverige og fire i Norge. I Norge har han dessuten vedtatt to forelegg. Det dreier seg ikke om alvorlig kriminalitet, men den er omfattende og hyppig. A er heller ikke bare dømt for bagatellmessige forhold. Særlig de fem tilfellene av kjøring i påvirket tilstand utgjorde en fare.
- (77) Jeg mener at hensynet til den «offentlige orden» tilsa utvisning av A. Han utgjorde en «virkelig, umiddelbar og tilstrekkelig alvorlig trussel mot grunnleggende samfunnshensyn», nemlig kriminalitetsforebygging. At han på nytt ble satt under tiltale i Norge under to måneder etter at han var uttransportert til Sverige, bekrefter at utvisningen var berettiget.
- (78) *Er innreiseforbudet uforholdsmessig?*
- (79) Etter utlendingsloven § 122 fjerde ledd skal utvisning ikke besluttes dersom «det i betraktning av forholdets alvor og utlendingens tilknytning til riket, vil utgjøre et uforholdsmessig tiltak overfor utlendingen selv eller familiemedlemmene.» Ved vurderingen skal det blant annet legges vekt på varigheten av utlendingens opphold i Norge og hans «alder, helsetilstand, familiesituasjon, økonomisk situasjon, sosial og kulturell integrering i riket og tilknytning til hjemlandet». I den grad barn berøres av vedtaket, skal «barnets beste være et grunnleggende hensyn».
- (80) For så vidt gjelder «forholdets alvor» viser jeg til gjennomgangen tidligere av omfanget av den kriminaliteten A har gjort seg skyldig i. Det er her hyppigheten og omfanget av den kriminelle aktivitet som gjør forholdene alvorlige.
- (81) A har tilknytning både til Norge og Sverige. Det er dermed spørsmål om å utvise ham til et land han er godt kjent med, og hvor kultur og levestandard er omtrent som i Norge. Han har familie både i Norge og Sverige, selv om faren, som han har mest omgang med, er her i Norge.
- (82) Videre har det betydning i forholdsmessighetsvurderingen at innreiseforbudet er begrenset til to år. Alt i alt finner jeg det ikke tvilsomt at utvisningen og dermed innreiseforbudet ikke var uforholdsmessig

- (83) *Var det en feil at vedtaket ble truffet av UNEs nemndleder alene?*
- (84) A har anført at det er en feil at klagevedtaket om innreiseforbud ble truffet av nemndleder alene. Etter utlendingsloven § 78 tredje ledd kan nemndleder treffe vedtak i saker som ikke byr på «vesentlige tvilsspørsmål». Ellers skal sakene avgjøres av nemndleder og to nemndmedlemmer, jf. § 78 første ledd. A har gjort gjeldende at vedtaket er ugyldig fordi saken var avgjort av nemndleder alene, til tross for at den bød på «vesentlige tvilsspørsmål».
- (85) Ordet «vesentlig» indikerer at ikke ethvert tvilsomt spørsmål må avgjøres av nemnden. Av utlendingsforskriften § 16-9 følger det at saken skal anses å by på vesentlige tvilsspørsmål når det er tvil om omstendigheter som kan ha avgjørende betydning for utfallet av saken.
- (86) I spesialmotivene til utlendingsloven § 78 i Ot.prp. nr. 75 (2006–2007) side 438 er det fremhevet at UNE behandler et stort antall saker, fra de åpenbare til de tvilsomme. Det pekes på at nemndbehandling er ressurskrevende, og at rask saksbehandling er en fordel for klagerne og en del av rettsikkerheten. Kriteriet «vesentlige tvilsspørsmål» tar sikte på «tvilsspørsmål som er viktige for sakens avgjørelse». Videre presiseres det at avgjørelsen av om nemndlederen har kompetanse, skal treffes av nemndlederen selv:

**«Hvorvidt det foreligger vesentlige tvilsspørsmål i en sak avgjøres av en nemndleder på bakgrunn av regelverket, herunder praksis i likeartede saker.»**

- (87) Ut fra forarbeidenes fremhevelse av behovet for effektiv saksbehandling, hvor nemndleder selv avgjør sin kompetanse ut fra kjennskap til «regelverket, herunder praksis», mener jeg vesentlighetsvilkåret i ordlyden ikke må tolkes for strengt.
- (88) Når det gjelder vurderingen av nemndleders kompetanse i vedtaket i denne saken, viser jeg til at faktum i saken ikke fremstår som mer uavklart enn det som vil være vanlig i slike saker. Spørsmålet om vilkåret i utlendingsloven § 122 første ledd var oppfylt, herunder om As kriminalitet var tilstrekkelig alvorlig til å utvise, var ikke et vesentlig tvilsspørsmål. Regelverket om utvisning av EØS-borgere fremstår som klart. Alt i alt kan jeg ikke se at det var en saksbehandlingsfeil at en nemndleder traff vedtak i denne saken.
- (89) *Innebærer innreiseforbudet brudd på EMK artikkel 8?*
- (90) Til sist har A anført at innreiseforbudet innebærer krenkelse av hans rett til privatliv og familieliv, jf. Den europeiske menneskerettskonvensjon – EMK – artikkel 8. Innreiseforbudet innebærer åpenbart et inngrep i As privatliv, jf. artikkel 8 nr. 1. Dette medfører at forbudet vil være en krenkelse av EMK, med mindre unntaksbestemmelsen i nr. 2 kommer til anvendelse. Bestemmelsen lyder:

**«Det skal ikke skje noe inngrep av offentlig myndighet i utøvelsen av denne rettighet unntatt når dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter.»**

- (91) Inngrepet har lovhjemmel. Innreiseforbudet er videre begrunnet i lovlige hensyn; blant annet å forebygge kriminalitet og beskytte andres rettigheter og friheter. Den

forholdsmessighetsvurderingen som nødvendighetskriteriet innebærer, kan jeg ikke se at kan falle annerledes ut enn vurderingen av forholdsmessighet etter utlendingsloven § 122. Jeg viser til min gjennomgang av denne. Heller ikke denne anførselen kan føre frem.

(92) **Konklusjon**

(93) Jeg er dermed kommet til at det ikke er feil ved UNEs vedtak som medfører at det er ugyldig.

(94) Min konklusjon blir etter dette at anken forkastes.

(95) Partene er enige om at det skal gjøres et tillegg på 40 dager i varetektsfradraget på grunn av faktisk isolasjon, jf. HR-2019-2048-A.

(96) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Anken forkastes.

2. Varetektsfradraget settes til 262 – tohundreogsekstito – dager.

(97) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(98) Dommar **Høgetveit Berg:** Det same.

(99) Dommer **Bergsjø:** Likeså.

(100) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(101) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Anken forkastes.

2. Varetektsfradraget settes til 262 – tohundreogsekstito – dager.