



# NORGES HØYESTERETT

## D O M

avsagt 10. november 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster  
dommer Per Erik Bergsjø  
dommer Arne Ringnes  
dommer Espen Bergh  
dommer Kine Steinsvik

**HR-2022-2172-A, (sak nr. 22-022097STR-HRET)**  
Anke over Gulating lagmannsretts dom 25. januar 2022

Påtalemyndigheten

(statsadvokat Rudolf Martin Christoffersen)

mot

A

B

(advokat John Christian Elden)

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

- (1) Dommer **Steinsvik:**

**Sakens spørsmål og bakgrunn**

- (2) Saken gjelder straff for overtredelse av en forskrift om smitteverntiltak i Bergen kommune som ble gitt i forbindelse med covid-19-pandemien. Forskriften forbød private sammenkomster med mer enn fem personer til stede. Spørsmålet er om forbudet var ugyldig, slik at overtredelsen ikke kan straffes.
- (3) Vest politidistrikt ila 18. november 2020 A forelegg for overtredelse av smittevernloven § 8-1 første straffalternativ, jf. § 4-1 første ledd, jf. forskrift om smitteverntiltak i Bergen kommune § 3 første ledd. Etter bestemmelsen var det ikke tillatt å være til stede ved private sammenkomster med mer enn fem personer. Grunnlaget lød slik:
- «Natt til søndag 15. november 2020 i ---veien 0 i Bergen, var hun privat arrangør og til stede på en privat sammenkomst med mer enn fem personer.»
- (4) B ble 14. januar 2021 ilagt forelegg for å ha vært til stede på sammenkomsten, men slik at grunnlaget for hennes del var begrenset til tilstedeværelsen.
- (5) Både A og B har erkjent det faktiske grunnlaget i foreleggene. Det er også ubestridt at det var til sammen 15 personer til stede da politiet ankom As leilighet den aktuelle natten.
- (6) A og B vedtok ikke foreleggene, som trådte i stedet for tiltalebeslutning, jf. straffeprosessloven § 268.
- (7) Ved Hordaland tingretts dom 6. juli 2021 ble begge dømt til bot i samsvar med tiltalen. Tingrettens domsslutning lyder slik:
- «A, født 00.00.1987, dømmes for overtredelse av smittevernloven § 8-1 første straffalternativ, jf. § 4-1 første ledd, jf. forskrift om smitteverntiltak i Bergen § 3 første ledd til en bot på kr. 12 000,- subsidiært 24 dager fengsel.
- B, født 00.00.1993, dømmes for overtredelse av smittevernloven § 8-1 første straffalternativ, jf. § 4-1 første ledd, jf. forskrift om smitteverntiltak i Bergen § 3 første ledd til en bot på kr. 6 000,- subsidiært 12 dager fengsel.
- Saksomkostninger ilegges ikke.»
- (8) Tingretten vurderte gyldigheten av forbudet mot sammenkomster med mer enn fem personer, men kom til at forskriften hadde nødvendig hjemmel i smittevernloven og ikke var uforholdsmessig etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 og Grunnloven § 102.
- (9) A og B anket over lovanvendelsen under skyldspørsmålet og fastholdt at forskriften var ugyldig. De gjorde gjeldende at de grunnleggende vilkårene i smittevernloven § 1-5 for å vedta smitteverntiltak ikke var oppfylt.

- (10) Gulating lagmannsrett ga samtykke til ankebehandling og avsa 25. januar 2022 dom der begge de tiltalte ble frifunnet. Domsslutningen lyder slik:
- «1. A, født 00.00.1987, frifinnes.
  2. B, født 00.00.1993, frifinnes.»
- (11) Lagmannsretten kom til at forskriftens forbud mot sammenkomster med mer enn fem personer var ugyldig, og at overtredelse derfor ikke kunne straffes. Etter lagmannsrettens syn var smitteverntiltaket i den aktuelle forskriften § 3 ikke basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse, slik smittevernloven § 1-5 krever. Lagmannsretten la særlig vekt på at byrådet bygde på et for snevert medisinskfaglig grunnlag, samt at begrunnelsen for tiltaket var for generell. Byrådet burde også, etter lagmannsrettens syn, ha drøftet hvorvidt andre og mindre inngripende tiltak kunne vært tilstrekkelige til å avhjelpe den økende smitten på det aktuelle tidspunktet.
- (12) Påtalemyndigheten har anket til Høyesterett over lovanvendelsen og saksbehandlingen. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 2. mars 2022 ble anken over lovanvendelsen tillatt fremmet.
- (13) Saken er behandlet i sammenheng med sak HR-2022-2171-A, som er votert tidligere i dag.
- (14) Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet har gitt skriftlig innlegg til belysning av allmenne interesser. Innlegget er tillatt etter analogi fra tvisteloven § 15-8.
- (15) Påtalemyndigheten har fremlagt enkelte nye dokumenter som knytter seg til utarbeidelsen av forskriften.
- (16) *Påtalemyndigheten* har i hovedtrekk gjort gjeldende at lagmannsrettens dom må oppheves på grunn av feil lovanvendelse. Forbudet mot private sammenkomster i forskriften § 3 var gyldig. Frifinnelsen bygger på en uriktig forståelse av smittevernloven § 1-5 og hva som kreves for at vilkåret om «klar medisinskfaglig begrunnelse» skal anses oppfylt. Lagmannsretten har også i for stor grad overprøvd byrådets medisinskfaglige og politiske vurderinger. Det ble ikke begått feil i forbindelse med vedtakelsen av forskriften som kan lede til ugyldighet. De øvrige vilkårene for straff er klart oppfylt.
- (17) Kompetansebegrensningen i straffeprosessloven § 306 er ikke til hinder for ny bevisførsel om forholdene rundt vedtakelsen av forskriften. Dette hører til lovanvendelsen, og Høyesterett har full kompetanse.
- (18) Påtalemyndigheten har lagt ned slik påstand:
- «Gulating lagmannsretts dom av 25.1.2022 oppheves.»
- (19) *Forsvarer* har på vegne av A og B i hovedtrekk gjort gjeldende at lagmannsretten korrekt har lagt til grunn at forbudet mot private sammenkomster med mer enn fem personer var ugyldig. Forskriftsbestemmelsen oppfylte ikke vilkårene i smittevernloven § 1-5 om at smitteverntiltak etter loven må være basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse. Det er det konkrete tiltaket som må vurderes, og vurderingen må skje i lys av den aktuelle smittesituasjonen.

- (20) Ved gyldighetsprøvingen av forskriften er Høyesterett bundet av det faktum lagmannsretten har funnet bevist, også om forholdene rundt vedtakelsen av forskriften i Bergen byråd. Lagmannsretten har lagt riktig prøvingsintensitet til grunn ved prøvingen av lovens vilkår.
- (21) Forsvarer har lagt ned slik påstand:

«Anken forkastes.»

## Mitt syn på saken

### *Rettslig utgangspunkt og problemstilling*

- (22) A og B har erkjent de faktiske forholdene som utgjør grunnlaget for foreleggene. Tingretten la etter bevisførselen til grunn følgende:
- «A har erkjent at hun 15. november 2020 hadde fest hjemme hos seg i ---veien 0 i Bergen. Det var 14 gjester på festen. B har erkjent at hun var på denne festen. Retten legger til grunn at begge skjønte eller burde ha forstått at det ikke var anledning til å arrangere eller delta på fest med flere enn fem personer. Retten legger til grunn at de to tiltalte var på festen og at i utgangspunktet er både de objektive og subjektive vilkår for straff oppfylt.»
- (23) På dette tidspunktet gjaldt Forskrift om smitteverntiltak i Bergen kommune, Vestland, vedtatt av byrådet i Bergen 6. november 2020 med hjemmel i smittevernloven § 4-1. Myndigheten for kommunestyret til å treffe vedtak etter denne bestemmelsen er i Bergen kommune delegert til byrådet. Forskriften § 3 første til fjerde ledd fastsatte følgende:
- «§ 3. Forbud mot private sammenkomster med over fem deltakere, og mot sammenkomster hvor avstandskravet på én meter ikke kan overholdes**
- Det er ikke tillatt å være til stede ved private sammenkomster med mer enn fem personer. Bestemmelsen omfatter ikke barn som inngår i flere husstander.
- I husstander som har mer enn fem medlemmer kan alle medlemmer likevel være til stede samtidig.
- Private sammenkomster hvor avstandskravet på én meter ikke kan overholdes er ikke tillatt.
- Det gis unntak for etablerte kohorter i barnehage og barneskole, slik at barn som inngår i samme kohort også kan samles på fritiden.»
- (24) Bestemmelsen innebar en innskjerping av forbudet mot sammenkomster i den tidligere forskriften om smitteverntiltak av 28. oktober 2020 § 3, som forbød private sammenkomster «med flere enn 10 personer til stede».
- (25) Spørsmålet i saken er om forbudet mot private sammenkomster som gjaldt på handlingstiden, var gyldig. Siden forbudet utgjør den objektive gjerningsbeskrivelsen – en del av lovgrunnlaget for straffansvar – må forskriftsbestemmelsen være gyldig for å idømme straff.

- (26) Det omtvistede spørsmålet er om forskriftens § 3 oppfylte vilkåret i smittevernloven § 1-5 om at smitteverntiltak skal være basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse. Prøvingen av om forvaltningen har gått ut over den kompetanse hjemmelsloven gir, og om det for øvrig hefter feil ved forskriftsvedtaket, skal i utgangspunktet følge de samme prinsippene som i en sivil sak om forskriftens gyldighet, jf. HR-2022-2171-A avsnitt 27 med videre henvisninger.
- (27) Prøvingen av det faktiske grunnlaget for forskriften, herunder bakgrunnen for og omstendighetene rundt vedtakelsen, begrenses ikke av kompetansebegrensningen i straffeprosessloven § 306, hvor det fremgår at anke til Høyesterett ikke kan «grunnes på feil ved bevisbedømmelsen under skyldspørsmålet». Jeg viser her til drøftelsen av dette spørsmålet i HR-2022-2171-A avsnitt 32–39. Som det fremgår av konklusjonen i avsnitt 39 hører det under lovanvendelsen å fastlegge faktum av betydning for å vurdere om forskriften er gyldig. De nye dokumentene påtalemyndigheten har fremlagt for Høyesterett i saken her, vil ut fra dette inngå i prøvingen.

### ***Grunnlaget for forskriften***

#### *Smittesituasjonen høsten 2020*

- (28) Forskriften saken gjelder, ble vedtatt 6. november 2020, under koronapandemiens andre smittebølge. I Koronakommisjonens andre delrapport, NOU 2022: 5, er det i punkt 2.2 gitt en beskrivelse av utviklingen i smittesituasjonen nasjonalt i oktober 2020. Det fremgår her at smitten steg markant mot slutten av oktober. Regjeringen beskrev situasjonen som «den mest alvorlige siden mars 2020 og uttrykte bekymring for den videre utviklingen og kapasiteten i helsevesenet».
- (29) Den 28. oktober 2020 iverksatte regjeringen en rekke nasjonale smitteverntiltak og gjorde endringer i covid-19-forskriften. Det ble innført sterke begrensninger på private og offentlige arrangementer, samtidig som regjeringen anmodet befolkningen om å begrense den sosiale kontakten og ha maksimalt fem gjester hjemme. Strategien var fortsatt at smitteverntiltakene i størst mulig grad skulle være «geografisk målrettet». I rundskriv til kommunene ble det gitt en lang rekke forslag til forsterkede lokale tiltak som skulle vurderes dersom den lokale smittesituasjonen tilsa det.
- (30) Smitten fortsatte imidlertid å øke, og 5. november vedtok regjeringen ytterligere nasjonale og lokale innstramminger. Befolkningen ble nå oppfordret til å holde seg mest mulig hjemme og ha minst mulig sosial kontakt. Det ble i tillegg innført nye innstramminger for sammenkomster, arrangementer og uteliv. Nasjonal skjenkestopp ble gjeninnført. Regjeringen anbefalte også videregående skoler og ungdomsskoler i hele landet om å forberede seg på rødt tiltaksnivå. Smitten i storbyene var på dette tidspunktet høy.
- (31) Regjeringen formidlet at det «trolig ville være nødvendig med betydelig strengere regler i Oslo- og Bergens-regionen enn andre steder i landet», jf. utredningen side 20. Det fremgår samme sted at rundskrivet til kommunene nok en gang ble oppdatert, og at det nå var anbefalinger om ekstra tiltak for kommuner med høyt smittetrykk, blant annet om å drive videregående skoler på rødt nivå og begrense eller stenge steder der mange kom for å møtes.

- (32) På tidspunktet for andre smittebølge var befolkningen fremdeles uvaksinert.
- (33) Som det fremgår av Koronakommisjonens rapport, var smitten i Bergens-regionen utover høsten 2020 høy. Utviklingen i smittesituasjonen ble fortløpende fulgt opp av kommunen. Ved forskrift 14. august 2020 vedtok byrådet forbud mot private sammenkomster med over 20 personer til stede. Etter fortsatt smitteøkning ble det gjort ytterligere innstramninger ved forskrift 8. september. Byrådet besluttet da forbud mot private sammenkomster med mer enn 10 personer til stede. Denne forskriften gjaldt i første omgang frem til 18. september, men ble senere forlenget frem til 29. september.
- (34) Etter ny økning i smittetallene vedtok byrådet i Bergen igjen nye innstramninger ved forskrift 28. oktober. Det ble da på nytt gitt forskrift med forbud mot private sammenkomster med mer enn 10 personer til stede, med unntak for etablerte kohorter i barnehage og barneskole. Forskriften gjaldt i fire uker.

*Prosessen frem til byrådets forskriftsvedtak 6. november 2020*

- (35) Når det gjelder omstendighetene rundt vedtakelsen av den omtvistede forskriften, er Høyesterett som nevnt ikke bundet av lagmannsrettens bevisbedømmelse. Aktor har fremlagt ytterligere dokumentasjon om saksgangen, og denne inngår i prøvingen. Saken er på enkelte punkter derfor noe bedre opplyst for Høyesterett enn for de tidligere instansene. Etter en samlet vurdering av det som er kommet frem, kan følgende etter mitt syn legges til grunn:
- (36) Den 23. oktober 2020 ble det avholdt et møte mellom Folkehelseinstituttet (FHI) og Bergen kommune. Bakgrunnen for møtet fremkommer i en e-post sendt fra FHI til kommunen samme dag. Det fremgår her at formålet var å foreta «en vurdering av smittesituasjonen i Bergen og behovet for eventuelle tiltak etter at kommunen i går fikk meldt 57 nye tilfeller». E-posten er sendt til en rekke sentrale personer i Bergen kommune, herunder helsebyråd Husa, byrådsleder Valhammer, kommunaldirektør i byrådsavdelingen for helse Wolff og medisinsk fagsjef i byrådsadministrasjonen Hansen. Flere av mottakerne var en del av Bergen kommunes kommunale kriseledelse (KKL), som hadde vært mobilisert i perioder tidligere under pandemien. E-posten ble også sendt i kopi til blant andre kommunens smittevernoverlege Koller Løland, som ikke var med i KKL.
- (37) I e-posten kommer det videre frem at FHI oppfattet situasjonen slik at de «fleste tilfellene som meldes er i forbindelse med private sammenkomster, blant studenter og personer som har vært ute på restaurant/bar», og at det var «lite sporadisk smitte». Vedrørende mulige tiltak skrev FHI at de «[b]asert på informasjonen som er tilgjengelig», støttet smittevernoverlegen og kommunen i «følgende tiltak» med henvisning til en liste med flere punkter. Ett av punktene var:
- «Signalisere at det kan komme flere tiltak dersom smittetallene fortsetter å øke
- Private sammenkomster – hvis økningen fortsetter over tid kan det vurderes å gå ned på antall deltakere»
- (38) Avslutningsvis i e-posten fremgår det at «FHI bistår kommunen som rådgiver i videre håndtering».

- (39) Som tidligere nevnt vedtok byrådet i forskrift 28. oktober 2020 forbud mot private sammenkomster med mer enn ti personer til stede. Det var gitt unntak for etablerte kohorter i barnehage og barneskole.
- (40) I e-post 3. november 2020 til FHI uttalte smittevernoverlege Koller Løland at det ble jobbet «på spreng med smittesporing», og at kommunen «får daglig svært mange nye smittede og nå er kapasiteten helt sprengt». FHI besvarte e-posten 4. november 2020 med kopi til blant andre kommunaldirektør Wolff og uttrykte «stor bekymring rundt situasjonen vi ser utvikle seg i flere andre europeiske land og det stadig økende antall tilfeller også i Norge». Videre het det:
- «Erfaringen fra andre europeiske land er at epidemien er ustabil og raskt kan komme inn i en fase med akselererende spredning. Da svikter etter hvert smittesporingskapasiteten, og man kommer inn i en negativ spiral. På bakgrunn av situasjonen og utviklingen i Bergen nå, kan dette derfor være et riktig tidspunkt for å komme med ytterligere tiltak.»
- (41) E-posten inneholdt videre en liste med tiltak som ble ansett aktuelle å vurdere «for kommune/storbyregioner med akselererende antall tilfeller». Tiltakene tok sikte på «å redusere mobilitet og møteplasser for å forebygge videre smitte, og samtidig lette smittesporingsarbeidet og fortsatt arbeid med TISK». Ett av tiltakene på listen var:
- «Vurdere å sterkt redusere mulighet for private sosiale arrangementer/sammenkomster».
- (42) FHI foreslo at tiltakene burde vurderes «innført i en kortvarig periode for å unngå at situasjonen utvikler seg slik vi ser i andre land i Europa», og anbefalte at tiltakene «vurderes på nytt etter 14 dager».
- (43) Listen med mulige tiltak for kommuner med akselererende smittetall ble vurdert av smittevernoverlege Koller Løland. I e-post 5. november til kommunaldirektør Wolff, som da på vegne av KKL tidligere samme dag hadde bedt om hennes «vurdering og anbefaling med tanke på lokale tiltak», gjennomgikk Koller Løland listen og ga sine kommentarer under hvert enkelt punkt. Under punktet om å vurdere redusert mulighet for private sammenkomster skrev hun:
- «Her har vi sett en del smitte og massesmittehendelser. Vi bør gå over til de nasjonale føringene for private sammenkomster med maks 5 gjester i tillegg til egne husstandsmedlemmer og maks 50 ved arrangement i offentlig sted. Vi råder til å bruke den samme ordlyden i den lokale forskriften som den nasjonale slik at det ikke blir forvirrende for befolkningen og vi kanskje unngår for mange henvendelser om tolknings spørsmål.»
- (44) Jeg forstår dette slik at Koller Løland var enig i at det burde gis en lokal forskrift, men at antallsgrensen burde være i samsvar med den nasjonale anbefalingen på maksimalt fem gjester i tillegg til husstandsmedlemmer. Som jeg kommer tilbake til, ble disse synspunktene fra smittevernoverlegen ikke tatt med i den senere saksfremstillingen til byrådet som dannet grunnlaget for forskriftsvedtaket.
- (45) Den 5. november 2020 holdt statsminister Erna Solberg en redegjørelse om håndteringen av koronapandemien i Stortinget. Hun trakk frem at smitteutviklingen var «særlig

bekymringsfull i byområdene rundt Oslo og Bergen», og at det i disse områdene var behov for «kraftfulle tiltak» for å komme tilbake til et lavere smittenivå.

- (46) På bakgrunn av utviklingen i smittesituasjonen og anbefalingen fra sentrale myndigheter om ytterligere lokale tiltak, traff Bergen byråd samme dag vedtak om på nytt å mobilisere KKL.
- (47) Tidlig den 5. november avholdt KKL et møte med blant annet helseministeren, FHI og Helsedirektoratet. Tingretten la etter bevisførselen til grunn at det fra de nasjonale helsemyndighetene «sterkt [ble] oppfordret om tiltak for å forsøke å få kontroll på smittesituasjonen i Bergen», og at byrådet på denne bakgrunn mente at det var nødvendig med ytterligere innstramminger.
- (48) I en felles pressemelding samme dag fra Bergen og syv omkringliggende kommuner ble innbyggerne varslet om en «felles tiltakspakke» for å bremse smitteutviklingen i regionen. Det fremgår av pressemeldingen at kommunene jobbet med en ny forskrift, men allerede nå ville varsle enkelte tiltak som ville bli innført. Ett av tiltakene var ny «maksgrense på 5 personer i privat heim – det er unntak for familiar som er fleire enn fem og barn som er i samme kohort i barnehagen eller på barneskulen».
- (49) Kommunen fortsatte også dialogen om kommende tiltak med FHI, men forbudet mot private sammenkomster med mer enn fem personer er ikke direkte omtalt i den fremlagte e-postutvekslingen.
- (50) Forskriften ble vedtatt i byrådsmøte 6. november 2020. I saksfremstillingen fremgikk bakgrunnen for de foreslåtte innstrammingerne innledningsvis:

«Smittetallene har den siste tiden eskalert i Bergen, med stadig økende tall. De ulike målrettede smitteverntiltakene som ble innført forrige uke vurderes ikke lenger som tilstrekkelige til å slå ned det pågående smitteutbruddet. Situasjonen er nå kritisk. Det er flere pågående utbrudd, og økende antall smittede hvor smitten ikke kan spores. På flere sykehjem ser vi også at ansatte og beboere utsettes for smitte, til tross for strenge smittevernregler. Det anbefales derfor innføring av skjerpede restriksjoner generelt, også på arenaer hvor smitteutbredelse hittil ikke har vært vanlig, men hvor det likevel er stort potensiale for smittespredning.

Det foreslås på denne bakgrunn å innføre ytterligere restriksjoner på sosial omgang, mobilitet og aktiviteter hvor mennesker samles generelt. De nye tiltakene er inngripende, og innføres både for å slå ned det pågående smitteutbruddet og for å kunne opprettholde helsetilbud og andre samfunnskritiske tjenester. Det er nå nødvendig å sette hensynet til liv og helse først.»

- (51) Det ble videre redegjort for smittesituasjonen nasjonalt og innføringen av nasjonale anbefalinger og tiltak, samt regjeringens anbefalinger om ytterligere tiltak til kommuner med stort smittetrykk. I saksfremstillingen het det videre:

«Regjeringen har i tillegg til nasjonale anbefalinger og restriksjoner anbefalt kommuner i bo og arbeidsregioner med stort smittetrykk å innføre ytterligere tiltak. Det foreslås derfor ytterligere begrensninger på antall deltakere i private sammenkomster og ved offentlige arrangementer. Videre foreslås innstramminger i åpningstider på skjenke- og serveringssteder. Opprettholdelse av barnehage, skole og



aktiviteter for barn og unge har fortsatt høy prioritet, men viktigheten av å holde avstand er tydelig presisert.»

- (52) Under punktet «Byrådsleders vurdering og anbefaling» ble det redegjort for de nasjonale anbefalingene og forslag til lokale tiltak på en rekke områder, herunder stans i breddeidrett for voksne, innskrenkninger i barneidretten, begrensninger i størrelsen på ulike arrangementer og begrensninger i åpningstider for serverings- og utesteder. Når det gjaldt forbudet mot private sammenkomster, fremgikk følgende:

«I Bergen kommunes gjeldende forskrift om smitteverntiltak er det forbud mot mer enn ti deltakere ved private sammenkomster. Det anbefales nå at antall deltakere ved private sammenkomster i private hjem, hytter og lignende reduseres til fem. Dette er et svært inngripende tiltak som også medfører behov for unntak. For eksempel må det gis unntak for husstander som har mer enn fem medlemmer, og for barn som inngår i flere husstander. Det vil også være behov for unntak for besøkshjem, støttekontakter, avlastning og lignende. En slik inngripende innstramming i folks frihet, som begrensning til fem personer i private sammenkomster innebærer, vil måtte kombineres med et visst rom for tolkning og skjønn, særlig i lys av hensynet til barn og ungdoms beste. Forbud og påbud bør imidlertid være tydelige og enkle å tolke og overholde. Det innføres derfor et forbud mot mer enn fem personer til stede ved private sammenkomster, men med unntak for ovennevnte hensyn.

Forbudet omfatter både arrangør og alle som er til stede.  
Unntaket for kohorter i barnehage og barneskole videreføres.»

- (53) Som det fremgår her, fikk altså forbudet mot private sammenkomster et strengere innhold enn de nasjonale anbefalingene. Dette var i tråd med føringene om å innføre strengere tiltak lokalt der smittesituasjonen tilsa det. Forskjellen fra det som gjaldt nasjonalt, var både at det ble vedtatt et straffesanksjonert forbud, og at antallet personer var satt lavere. Forbudet gikk også lenger enn tilrådingen fra smittevernoverlegen, noe jeg kommer tilbake til. Under punktet «Hjemmel for innføring av tiltakene» het det følgende:

«Foreslåtte begrensninger vurderes som nødvendige for å slå ned på det pågående smitteutbruddet og forebygge ytterligere utbredelse av pandemien. Tiltakene er basert på smittevern faglige begrunnelser, og vurderes etter en helhetsvurdering som tjenlige, jf. smittevernloven § 1-5.

De anbefalte tiltakene innebærer sterke inngrep i muligheten for sosial omgang. Tiltakene er imidlertid kortvarige, og innføres foreløpig på i en periode på to uker. Det vil fortsatt være adgang til å treffes ute.»

- (54) Endelig fremgikk det at det på grunn av tidsmomentet ikke hadde vært gjennomført høring, men at det hadde «vært informert om de nye tiltakene som vil bli innført gjennom pressekonferanser i media, og utkast til forskrift har vært forelagt for berørte interesser». Spørsmålet om straff for overtredelse hadde også vært forelagt for politiet.
- (55) Forskriften ble vedtatt av byrådet i samsvar med forslaget som fulgte saksfremstillingen. I tillegg til forbudet mot private sammenkomster i § 3 som tidligere er gjengitt, inneholdt forskriften en rekke andre innstramninger. Forskriften trådte i kraft 7. november 2020 og gjaldt til og med 23. november.
- (56) I etterkant av vedtaket utarbeidet byrådet et dokument med tittelen «Juridisk og smittevern faglig vurdering av smitteforebyggende tiltak». Vurderingen, som er undertegnet

av byrådslederen, ble sendt til bystyret og omhandlet særlig forbudet mot private sammenkomster med flere enn fem personer. Bakgrunnen var at det i dagene etter at forskriften var vedtatt hadde oppstått diskusjon om forbudets inngripende karakter. Dokumentet inneholder, som det fremgår innledningsvis, «noen av de vesentligste juridiske vurderingene, samt hovedelementene i den smittevern faglige begrunnelsen og anbefalingen for tiltaket». Etter en gjennomgang av det juridiske grunnlaget i smittevernloven § 4-1 og § 1-5 redegjøres det for den smittevern faglige vurderingen som lå til grunn for forskriften. Her heter det blant annet:

«Smittesporingen i Bergen har vist at sammenkomster i private hjem har vært en hovedarena for smittespredning. Ved slike sammenkomster er man gjerne sammen over tid, og selv om avstandskravet har vært overholdt, har alle eller nesten alle blitt smittet dersom det har vært noen smitteførende til stede. Derfor er det å begrense slike sammenkomster avgjørende for å få kontroll på smittespredningen. Smittespredningspotensialet har sammenheng med antall personer som er samlet. Jo flere personer som er samlet, jo større sannsynlighet er det for at en eller flere smitteførende personer er til stede, og jo flere blir i tilfelle smitteeksponert. Det er en mangedobling av smittespredningsrisiko ved en sammenkomst med ti personer i forhold til en sammenkomst med fem personer, fordi det er en kombinasjon av økt risiko for at det er smitte til stede, og antall personer som blir utsatt for smitten.

En reduksjon av maksimalt antall personer som kan være til stede ved private sammenkomster, er helt klart det mest potente smitteverntiltaket ved det smitemønsteret vi ser.»

- (57) I det videre redegjøres det for byrådets konkrete vurdering av nødvendigheten, tjenligheten og forholdsmessigheten av tiltaket ut fra de smittevern faglige vurderingene som lå til grunn. Også vurderingen av forholdet til Grunnloven og EMK er inntatt. Under punktet oppsummering og konklusjon heter det blant annet følgende:

«Begrensningen på ti personer ved private sammenkomster i private hjem som hittil har vært innført, anses utfra den nåværende smittesituasjonen i Bergen ikke lenger som tilstrekkelig. En har sett at nedstengning av aktiviteter og begrensninger på offentlige arrangementer har ført til at flere i stedet samles privat. Samtidig er det kjent at risikoen for økt smittespredning øker jo flere som er samlet, og at risikoen for spredning av smitte til nye miljøer øker jo flere miljøer som 'blandes'. Avstandskravet ser heller ikke ut til å bli tilstrekkelig overholdt på private arenaer. Smittesporing har også vist at hovedvekten av smitte skjer i private sammenkomster. Det registreres nå også flere med ukjent smittevei, og en vet at smitten eskalerer ekspansivt. Dette gir grunn til bekymring.

En ytterligere begrensning til fem deltakere ved private sammenkomster i private hjem, hytter mm. er et inngripende tiltak, men slik smittesituasjonen i Bergen er nå, er det avgjørende å få kontroll på smitten.»

### ***Var forbudet mot private sammenkomster med mer enn fem personer ugyldig?***

#### *Vilkåret om klar medisinsk faglig begrunnelse*

- (58) Forsvarers anførsel er at forskriften § 3 var ugyldig fordi byrådets vedtak ikke var «basert på en klar medisinsk faglig begrunnelse», jf. smittevernloven § 1-5. Om den generelle

rettslige forståelsen av § 1-5 og vilkåret om klar medisinskfaglig begrunnelse, viser jeg til HR-2022-2171-A avsnitt 47, med henvisning til HR-2022-718-A *Hyttekarantene* avsnitt 69. Som det fremgår i førstnevnte avgjørelse avsnitt 49, oppstiller § 1-5 utvilsomt materielle skranker for forvaltningens vedtak om smitteverntiltak. Om domstolenes kompetanse ved prøvingen av disse materielle skrankene viser jeg til HR-2022-718-A *Hyttekarantene* avsnitt 76–78 og oppsummeringen i HR-2022-2171-A avsnitt 31.

- (59) Anførlene i saken her reiser spørsmål om vilkåret i § 1-5 om klar medisinskfaglig begrunnelse ikke utelukkende er et materielt vilkår, men også stiller konkrete krav til *saksbehandlingen*. Forsvarer gjør gjeldende at vilkåret stiller krav om at vedtaksorganet må være kjent med og bygge på den medisinskfaglige begrunnelsen som gis av kommunens smittevernoverlege. Det er vist til at smittevernoverlegen er tillagt særlige oppgaver etter blant annet smittevernloven og folkehelseloven.
- (60) At en forskriftsbestemmelse i prinsippet kan kjennes ugyldig av domstolene som følge av saksbehandlingsfeil, finner jeg klart, se for eksempel Rt-2012-1298 *Polarlaks II* der også anførsler om saksbehandlingen ble vurdert. Gyldighetsspørsmålet vil bero på om saksbehandlingskravene på det aktuelle området er tilsidesatt, og i så fall om feilen kan ha virket bestemmende for innholdet i forskriftsbestemmelsen, jf. prinsippet i forvaltningsloven § 41. Etter ordlyden gjelder bestemmelsen for enkeltvedtak, men det fremgår av forarbeidene at den også gjelder ved forskrifter, jf. NUT 1958: 3 side 448. Om terskelen for ugyldighet vil være lik for enkeltvedtak og forskrift, tar jeg ikke stilling til.
- (61) Det er ikke anført at de generelle saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven kapittel VII eller kommuneloven er tilsidesatt. Jeg finner derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette. EMK artikkel 8 stiller heller ikke uttrykkelige og selvstendige krav til saksbehandlingen ved forskriftsvedtak som gjør inngrep i retten til privatliv, men saksbehandlingen og den begrunnelse myndighetene gir for et inngrep, kan ha sentral betydning i forholdsmessighetsvurderingene som må foretas etter denne bestemmelsen.
- (62) Etter ordlyden i smittevernloven § 1-5 skal smitteverntiltak være «basert på» en «klar medisinskfaglig begrunnelse». Hvem som skal foreta de medisinskfaglige vurderingene, eller i hvilken form de skal foreligge før vedtak treffes, sier bestemmelsen ingenting om. Der vedtaksorganet ikke selv foretar vurderingene, må disse naturlig nok på en eller annen måte gjøres kjent for vedtaksorganet før vedtak treffes. Vurderingene må også være foretatt av fagpersoner eller fagorganer med medisinskfaglig kompetanse. I motsatt fall vil det klart nok foreligge en saksbehandlingsfeil.
- (63) Ut over dette har jeg ikke funnet støtte i forarbeidene eller andre rettskilder for å innfortolke konkrete krav til saksbehandlingen. At vedtaket skal være «basert på» en medisinskfaglig begrunnelse, må etter mitt syn i første rekke sees som et materielt vilkår.
- (64) Jeg føyer til at ved større smitteutbrudd, som under koronapandemien, vil en rekke ulike smitteverntiltak måtte vurderes og iverksettes. Enkelte tiltak vil etter sin art også måtte justeres fortløpende i tråd med utviklingen i smittesituasjonen. Dette har for eksempel vært tilfellet for smitteverntiltak i form av forbud mot og begrensninger i adgangen til sosial kontakt. Ved vedtak om justeringer av slike smitteverntiltak må vedtaksorganet etter mitt syn kunne trekke inn de samlede medisinskfaglige vurderingene som da foreligger, og som underbygger at tiltaket som sådan er egnet til å hindre smitte av den aktuelle sykdommen.

- (65) For så vidt gjelder de materielle kravene bestemmelsen stiller, klargjøres det i forarbeidene at vilkåret ikke skal tolkes for strengt. Jeg viser til HR-2022-2171-A avsnitt 47 der det heter:

«På samme måte som i HR-2022-718-A *Hyttekarantene* avsnitt 69 tar jeg utgangspunkt i uttalelsene om forståelsen i Prop. 91 L (2018–2019). På side 10 i proposisjonen redegjør departementet for forslaget i høringsnotatet, hvor det fremheves som et vilkår at smitteverntiltaket ‘alene eller sammen med andre tiltak har vist effekt i lignende situasjoner’. Jeg viser videre til de spesielle merknadene til bestemmelsen på side 45:

‘Kravet til medisinskfaglig begrunnelse skal ikke tolkes for strengt, og det er ikke krav om vitenskapelig bevist effekt. Det må også sees i forhold til både grad av smittetrussel og hvor inngripende tiltaket er. Smitteverntiltaket må som et minimum være relevant for den aktuelle sykdommen etter en medisinskfaglig vurdering.’»

- (66) Kravet er altså at det aktuelle smitteverntiltaket – etter medisinskfaglige vurderinger – må være relevant for bekjempelse av den aktuelle sykdommen. Ved at smitteverntiltaket også skal ses i sammenheng med grad av smittetrussel og hvor inngripende tiltaket er, er vilkåret i en viss grad relativt. Ved svært inngripende tiltak i grunnleggende rettigheter skjerpes kravene til relevans og mulig effekt av tiltaket. I så måte har vilkåret sammenheng med de øvrige vilkårene i § 1-5 om at smitteverntiltaket må være nødvendig og tjenlig.
- (67) På denne bakgrunn går jeg over til den konkrete vurderingen av om forskriften § 3 var ugyldig fordi forskriftsvedtaket ikke var basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse.

#### *Den konkrete vurderingen*

- (68) Jeg tar utgangspunkt i redegjørelsen jeg har gitt om smittesituasjonen i Bergen i dagene før forskriften ble vedtatt, kontakten mellom kommunen og de nasjonale smittevernmyndighetene og det samlede grunnlaget som forelå for byrådet ved behandlingen av saken i byrådsmøtet 6. november 2020.
- (69) Dokumentasjonen som er fremlagt, underbygger etter mitt syn at byrådet tok utgangspunkt i de smittevernrelaterte vurderingene fra FHI og anbefalingen som ble gitt til kommuner med akselererende smitte. Anbefalingen var å sterkt redusere mulighetene for private sammenkomster. Bergen hadde på det aktuelle tidspunktet allerede vedtatt forbud mot private sammenkomster med mer enn ti personer til stede. Det var således snakk om å oppjustere et smitteverntiltak som allerede var iverksatt, og som både nasjonalt og lokalt ble vurdert som et målrettet og effektivt tiltak for å begrense ytterligere smittespredning. I den etterfølgende redegjørelsen til bystyret viste byrådslederen også til at spørsmålet om begrensninger av antall personer på private sammenkomster, hadde «vært oppe til diskusjon med lokale og nasjonale smittevernmyndigheter en rekke ganger de siste månedene».
- (70) Smitten i Bergen var i dagene før 6. november økende, og situasjonen ble i saksfremstillingen for byrådet vurdert som «kritisk». De smittetiltakene som allerede var iverksatt, ble vurdert som utilstrekkelige. Jeg kan ikke se at det forelå noen uenighet lokalt, heller ikke mellom smittevernoverlegen og kommunens medisinske fagsjef, om at

ytterligere smitteverntiltak var nødvendige for å få smittesituasjonen under kontroll. FHI formidlet også klart til kommunen at det kunne være et «riktig tidspunkt for å komme med ytterligere tiltak». Det har heller ikke vært reist innvendinger mot at begrensninger i sosial kontakt som sådan er et velegnet smitteverntiltak mot covid-19.

- (71) Forslaget om å forby private sammenkomster med mer enn fem personer, med enkelte unntak, var imidlertid et inngripende tiltak, noe byrådslederen selv fremholdt i saksfremstillingen. Slik forbudet ble utformet, gikk det lenger enn gjeldende nasjonale anbefalinger om begrensninger i sosial kontakt, noe som skjerper kravene til den medisinskfaglige begrunnelsen. Korrespondansen mellom smittevernoverlegen og kommunaldirektør Wolff i kriseledelsen viser også at smittevernoverlegen anbefalte et noe mindre vidtgående forbud enn det som ble vedtatt. Hennes anbefaling var som nevnt at kommunen burde «gå over til de nasjonale føringene for private sammenkomster med maks 5 gjester i tillegg til egne husstandsmedlemmer». Det er en svakhet ved saksfremstillingen for byrådet at det ikke fremkom at det var ulike syn på hvilken rekkevidde forbudet burde gis. Lagmannsretten fant det også bevist at smittevernoverlegen «i liten grad ble involvert i prosessen som ledet frem til den aktuelle forskriften». Samtidig fremgår det av den fremlagte korrespondansen at anbefalingen fra smittevernoverlegen ble gitt som svar på en henvendelse på vegne av KKL. Det må ut fra dette legges til grunn at i alle fall de av byrådets medlemmer som satt i kriseledelsen, var kjent med at det var en viss uenighet mellom smittevernoverlegen og kommunens medisinske fagsjef Hansen, som anbefalte et forbud i tråd med det som ble vedtatt.
- (72) Lagmannsretten satte forskriftsbestemmelsen til side som ugyldig fordi vedtaket ikke var basert på en «tilstrekkelig klar» medisinskfaglig begrunnelse, og la særlig vekt på at byrådet bygde på et for snevert grunnlag når «den medisinskfaglige begrunnelsen for forskriftens innhold i all hovedsak var basert på vurderinger fra medisinsk fagsjef i kommunen, Trond Egil Hansen». Jeg er ikke enig i dette.
- (73) For det første forelå det et solid medisinskfaglig grunnlag basert på erfaringer så langt under pandemien for at smitteverntiltaket – begrensninger av sosial kontakt – som sådan var målrettet og relevant for å redusere smitte av koronaviruset.
- (74) Til grunn for den konkrete innstramningen som ble vedtatt, lå det for det andre et bredere grunnlag enn bare den medisinskfaglige vurderingen fra Hansen. Som gjennomgangen har vist, var det tett dialog med nasjonale helsemyndigheter i dagene før vedtaket, og vurderingene som ble gjort, hadde klar forankring i den økende og uoversiktlige smittesituasjonen som forelå. Det etterfølgende notatet som ble sendt til bystyret, klargjør også de rene smittevern faglige vurderingene som byrådet baserte vedtaket på. Sentralt står at smittesporingen i Bergen hadde vist at sammenkomster i private hjem på det aktuelle tidspunktet var en «hovedarena for smittespredning» i kommunen, og behovet for å begrense slike sammenkomster var ubestridt, både lokalt og fra nasjonale helsemyndigheter. Dette viser etter mitt syn at også den lokale innstramningen var basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse, som verken var for snever eller for generell. Det forhold at det var ulike syn fra faglig hold på hvor langt forbudet skulle gå, endrer ikke dette.
- (75) Forskriften som ble vedtatt, med en grense knyttet til antall personer totalt og ikke antall personer *i tillegg til* husstanden, var noe annerledes innrettet enn den nasjonale anbefalingen og enkelte andre lokale forskrifter, som for eksempel den senere forskriften

for Oslo som HR-2022-2171-A gjelder. Sammenlignet med andre tenkelige løsninger var den ordningen som ble valgt, mindre inngripende for små husstander, men kunne være mer inngripende for større husstander. Samtidig var barn og unge prioritert gjennom unntaket for etablerte kohorter i barnehage og barneskole. Jeg kan imidlertid ikke se at detaljutformingen av forskriften er av betydning ved vurderingen av om det forelå tilstrekkelig medisinskfaglig begrunnelse.

- (76) Med min forståelse av innholdet i smittevernloven § 1-5 er det etter dette ikke grunnlag for å konstatere at byrådet begikk saksbehandlingsfeil, eller at forbudet mot private sammenkomster med mer enn fem personer ikke var basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse.

### ***Konklusjon***

- (77) Min konklusjon er etter dette at lagmannsretten har bygget på feil tolkning og anvendelse av smittevernloven § 1-5 når forskriftsbestemmelsen ble satt til side som ugyldig, og de tiltalte ble frifunnet grunnet manglende hjemmel for straffansvar. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling må derfor oppheves.

- (78) Jeg stemmer for denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.

- (79) Dommer **Bergh:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (80) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (81) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (82) Dommer **Webster:** Likeså.
- (83) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.