



NORGES HØYESTERETT

D O M

avsagt 21. juni 2024 av Høyesterett i avdeling med

dommer Wilhelm Matheson
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Knut Erik Sæther
dommer Thom Arne Hellerslia

HR-2024-1109-A, (sak nr. 23-120305STR-HRET)
Anke over Eidsivating lagmannsretts dom 13. april 2023

A (advokat Olav Kolstad – til prøve)

mot

Påtalemyndigheten (statsadvokat Alf Butenschøn Skre)

Møter i saken etter analogi
fra tvisteloven § 30-13:
Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Lisa-Mari Moen Jünge)

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

(1) Dommer **Sæther:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder straff for brudd på plikt etter covid-19-forskriften til å fremvise negativ covid-19-test ved innreise til Norge fra et område med karanteneplikt.
- (3) A er en norsk statsborger bosatt i Oslo. Etter å ha reist ut av landet, uvisst når, kom han 11. juli 2021 tilbake til Norge over Ørje med buss fra Karlstad i Sverige. Han kunne ikke legge frem attest for negativ covid-test.
- (4) Som følge av dette fikk A ved forelegg 27. juli 2021 en bot på 10 000 kroner for å ha brutt smittevernloven § 7-12, jf. covid-19-forskriften § 24, jf. smittevernloven § 4-3, jf. covid-19-forskriften § 4a. Grunnlaget var følgende:

«Søndag 11. juli 2021 kl. 1824 på E18 på Svenskeveien 595 over Ørje tollsted i Marker kommune, ankom han Norge fra et område med karanteneplikt uten å medbringe attest som viser negativ test for SARS-Cov-2 tatt innen 24 timer før ankomst Norge.»

- (5) A vedtok ikke forelegget, og det trådte i stedet for tiltalebeslutning etter straffeprosessloven § 268. Follo og Nordre Østfold tingrett avsa 26. august 2022 dom med slik domsslutning:

- «1. A, født 00.00.1983, dømmes for overtredelse av smittevernloven § 7-12, jf. covid-19-forskriften § 24, jf. smittevernloven § 4-3, jf. covid-19-forskriften § 4a til å betale en bot på 12 000 – tolv tusen – kroner, subsidiært til fengsel i 24 – fireogtyve – dager.
2. A, født 00.00.1983, dømmes til å betale 2000 – to tusen – kroner i saksomkostninger.»

- (6) Tingretten la til grunn atplikten til å legge frem negativ covid-test hadde hjemmel i smittevernloven, og at Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 ikke var krenket. Hverken Norges forpliktelser etter europaparlaments- og rådsforordning (EU) 2016/399 om et unionsregelverk som regulerer bevegelsen av personer over grenser (Schengen-grenseregler) – grenseforordningen – eller EØS-rettslige bestemmelser var påberopt for tingretten.

- (7) A anket over saksbehandlingen, lovanvendelsen og straffutmålingen. Eidsivating lagmannsrett fremmet anken over lovanvendelsen og avsa 13. april 2023 dom med slik domsslutning:

- «1. I tingrettens dom gjøres den endring at bota settes til 10 000 – titusen – kroner. Den subsidiære fengselsstraffen settes til 10 – ti – dager.
2. A frifinnes for kravet om saksomkostnader for tingretten og lagmannsretten.»

- (8) Lagmannsretten kom i likhet med tingretten til at bestemmelsen om plikt til å legge frem gyldig negativ test for covid-19 hadde hjemmel i smittevernloven, og at Grunnloven

§ 102 og EMK artikkel 8 ikke var krenket. På grunn av tidsbruken i saken ble straffen satt ned.

- (9) I anken til lagmannsretten var det også anført at kravet om negativ covid-test ved grensepassering var i strid med grenseforordningen artikkel 25. Lagmannsretten sa seg ikke enig i dette og viste særlig til rekommandasjoner fra Rådet for den europeiske union om fremvisning av negativ covid-test ved innreise.
- (10) A har anket til Høyesterett over lovanvendelsen. Høyesteretts ankeutvalg traff 10. november 2023 beslutning med slik slutning:
- «Anken fremmes for så vidt gjelder forholdet til grenseforordningens regler.»
- (11) For øvrig fant Høyesteretts ankeutvalg enstemmig at det ikke var tilstrekkelig grunn til å tillate anken fremmet for Høyesterett, jf. straffeprosessloven § 323.
- (12) Ved ankeutvalgets beslutning 18. desember 2023 fikk staten ved Justis- og beredskapsdepartementet tillatelse til å opptre i saken etter analogi fra tvisteloven § 30-13.
- (13) A har for Høyesterett gjort gjeldende at plikten etter covid-19-forskriften § 4a til å fremvise negativ covid-test ved innreise var i strid med grenseforordningen. Kontrollen av om plikten var oppfylt, var grensekontroll i forordningens forstand. Norske myndigheter oppfylte ikke kravet om å notifisere EU-kommisjonen om gjeninnføring av midlertidig grensekontroll, og varigheten av kontrollen gikk uansett ut over den absolutte tidsrammen for gjeninnføring. Subsidiært var plikten til å fremvise negativ test i strid med europaparlaments- og rådsdirektiv 2004/38/EF – unionsborgerdirektivet – som er en del av EØS-avtalen. Straffebestemmelsen i forskriften § 4a jf. § 24 oppfylder dessuten ikke lovkravet etter Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7. Det er lagt ned påstand om frifinnelse.
- (14) *Påtalemyndigheten* har gjort gjeldende at det foreligger en straffbar overtredelse av gjerningsbeskrivelsen i § 4a om plikt til å fremvise negativ covid-test ved innreise. Kontrollen med påbudet på grensen var ikke omfattet av grenseforordningen, og vilkårene i grenseforordningen er uansett oppfylt. EØS-regler er ikke til hinder for domfellelse. Forskriften § 4a oppfylder lovkravet. Det er lagt ned påstand om at anken forkastes.
- (15) *Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet* har belyst innholdet i grenseforordningen og forholdet til de EØS-rettslige forpliktelsene. Det er argumentert for at påbudet om å fremvise negativ covid-test ved innreise ikke er i strid med grenseforordningen eller EØS-reglene.
- (16) Saken er i Høyesterett behandlet sammen med HR-2024-1107-A *karantenehotell*, som er votert tidligere i dag, og HR-2024-1110-A *covid-test II*. Det vil i det følgende bli vist til disse ved bruk av kort-navnene.

Mitt syn på saken

Nærmere om saksforholdet

- (17) Spørsmålet i saken er om A kan straffes for ikke å ha fremvist en gyldig negativ covid-test ved kryssingen av grensen til Norge. Lagmannsretten la tingrettens bevisvurdering til grunn. I tingrettens dom heter det at tiltalte «erkjente ... de faktiske forholdene, men forklarte at han var frisk og symptomfri og at det derfor ikke var noen grunn til å underlegge seg testing».
- (18) Lagmannsretten tilføyer:
- «Det er ikke kjent for lagmannsretten når tiltalte, som bor i Oslo, reiste ut av Norge eller hva som var formålet med reisa. Under ankeforhandlingen ville han ikke svare på spørsmål om dette. Han kom til grensestasjonen i en buss og alle passasjerene ble kontrollert. Slik han husker det, ble passasjerer uten gyldig covid-test tilbudt test på grensa. Fordi det var tale om en test som raskt ville gi svar, antok han at det var tale om 'antigen hurtigtest', og ikke PCR-test. Han tok ikke testen. Han fikk på stedet opplyst at han ville bli anmeldt, og fikk deretter gå ombord i bussen, som kjørte til Oslo. Ifølge egen forklaring i lagmannsretten oppholdt han seg deretter hjemme noen dager. Det er ingen opplysninger i saken om at tiltalte var smittet eller var smittsom ved grensepasseringen.»
- (19) Ved innreise til Norge fra Sverige i juli 2021 var det påbudt både å fremvise gyldig negativ covid-test og å la seg teste på nytt. Testplikten fulgte av covid-19-forskriften § 4d. A motsatte seg å bli testet, men dette er han ikke straffeforfulgt for. Saken gjelder derfor utelukkende spørsmålet om en norsk statsborger kan straffes for å ha ankommet Norge i juli 2021 uten å ha med seg en gyldig negativ test som viser at man ikke er covid-smittet.

Rettslige utgangspunkter – smittevernloven og covid-19-forskriften

- (20) Påbudet om å fremvise negativ covid-test ved innreise til Norge fulgte av den nå opphevede covid-19-forskriften, som ble gitt med hjemmel i smittevernloven. Jeg viser til den innledende redegjørelsen for loven i karantenehotell-dommen avsnitt 18 og 19.
- (21) Smittevernloven § 1-2 gir regler om lovens virkeområde. Det følger av fjerde ledd at «lovens bestemmelser gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat».
- (22) Smitteverntiltak må oppfylle grunnleggende krav etter smittevernloven § 1-5, jf. karantenehotell-dommen avsnitt 22 til 25. Lagmannsretten vurderte forholdet til § 1-5, men denne delen av anken er ikke tillatt fremmet for Høyesterett. Jeg går derfor ikke nærmere inn på § 1-5.
- (23) I § 4-3 gir smittevernloven en hjemmel for forskrifter. Den lyder slik:

«Kongen kan gi forskrifter for å motvirke at smittsomme sykdommer føres inn i landet eller spres til andre land (karantenetiltak), herunder bestemmelser om tiltak som gjelder personer, dyr, transportmidler, varer og gjenstander som kan tenkes å overføre

smittsomme sykdommer. I forskriftene kan Kongen også fastsette nærmere krav til undersøkelser, smittesnering og dokumentasjon i forbindelse med innreise til og utreise fra Norge og i forbindelse med inn- og utførsel av varer.»

- (24) I covid-19-forskriften paragraf 4a var det krav om gjennomført covid-test før ankomst til Norge. På handlingstidspunktet i juli 2021 lød de relevante delene av første ledd slik:
- «Personer som ankommer Norge fra et område med karanteneplikt som fastsatt i vedlegg A, skal ved innreise fremvise en attest som viser negativ test for SARS-CoV-2. Godkjent testmetode er PCR eller antigen hurtigtest. Testen skal være tatt i løpet av de siste 24 timene før ankomst til Norge. ... Attesten skal være på norsk, svensk, dansk, engelsk, fransk eller tysk. Utlendinger som ikke oppfyller kravet om negativ test kan bortvises, jf. forskrift om innreiserestriksjoner for utlendinger av hensyn til folkehelsen § 4a. Dette gjelder likevel ikke utlendinger som er bosatt i Norge med oppholdstillatelse eller oppholdsrett etter utlendingsloven.»
- (25) Vedlegg A om områder med karanteneplikt, som det vises til i første punktum, omfattet på handlingstidspunktet Värmlands län i Sverige, inkludert Karlstad.
- (26) Norske borgere som ikke fulgte påbudet, kunne ikke bortvises, jf. også Grunnloven § 106.
- (27) I § 4a andre ledd var det unntak, blant annet for norske statsborgere og utlendinger med oppholdstillatelse eller oppholdsrett, hvis det var «umulig eller uforholdsmessig krevende å fremskaffe slik attest». Fra juni 2021 var det også unntak for personer som kunne dokumentere at de var fullvaksinerte. I tredje ledd bokstav a til u var det, blant annet av hensyn til Norges folkerettslige forpliktelser, gjort en rekke andre unntak fra påbudet for personer som typisk hadde god grunn til å reise. Unntakene omfattet blant annet dem som jevnlig ankom Norge fra Sverige eller Finland for å arbeide eller studere.
- (28) Straffetruuselen fremgikk av forskriften § 24 og lød slik:
- «Forsettlig eller grovt uaktsom overtredelse av bestemmelser i denne forskriften, straffes med bøter eller fengsel inntil 6 måneder, jf. smittevernloven § 8-1. Overtredelse av § 4d og § 5b straffes med bot og bare når overtredelsen er skjedd uten rimelig grunn. Overtredelse av § 8 og § 13d skal ikke straffes.»
- (29) Denne bestemmelsen innskrenket smittevernloven § 8-1 om straff på bot eller fengsel inntil 2 år ved forsettlig eller uaktsom overtredelse av loven eller vedtak gitt med hjemmel i den.

Den strafferettslige betydningen av at forskriften § 4a eventuelt er ugyldig

- (30) Det er et vilkår for å kunne straffes for overtredelse av en forskrift at forskriftsbestemmelsen var gyldig på handlingstidspunktet, se karantenehotell-dommen avsnitt 32. Dersom forskriften § 4a var ugyldig, pliktet ikke A å rette seg etter påbudet og kan da ikke straffes.
- (31) Det sentrale spørsmålet i saken er om § 4a er ugyldig fordi bestemmelsen ikke lar seg forene med grenseforordningen. Det følger som nevnt av smittevernloven § 1-2 fjerde ledd at loven – og dermed også forskrift gitt med hjemmel i den – gjelder med de begrensninger som følger av avtale med fremmede stater. Dersom forskriften ikke var ugyldig av den

grunn, må det avgjøres om påbudet i covid-forskriften var forenelig med EØS-avtalen, og i så fall om straffebudet oppfyller lovkravet etter Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7.

- (32) Det hører under rettsanvendelsen å fastlegge faktum av betydning for om en forskrift er gyldig, jf. karantenehotell-dommen avsnitt 33. Kompetansebegrensningen i straffeprosessloven § 306 gjelder ikke. Det betyr blant annet at Høyesterett ikke er bundet av lagmannsrettens vurdering av hvordan kontrollaktiviteten på grensen ble gjennomført.

Spørsmålet om covid-forskriften § 4a strider mot grenseforordningen

Kort om Schengen-samarbeidet

- (33) En viktig del av Schengen-samarbeidet er at inn- og utreisekontroll er avskaffet på de indre grenser, det vil si grensene mellom nabostater innenfor Schengen-området. Dette innebærer at de indre grensene kan krysses hvor som helst. Yttergrensene til Schengen-området kan derimot kun krysses på godkjente grenseovergangssteder, der det gjennomføres en ensartet og forsterket inn- og utreisekontroll. Nær samtlige EU-land deltar i Schengen-samarbeidet. I tillegg deltar flere andre land, blant dem Norge og Island. Schengen-samarbeidet er ikke en del av EØS-avtalen.
- (34) Hovedprinsippene for Schengen-samarbeidet ble opprinnelig nedfelt i Schengen-konvensjonen fra 1990, som er en del av EU-retten, og som senere er supplert med nye rettsakter, blant dem grenseforordningen. Norge og Island har deltatt i samarbeidet siden 2001 gjennom en særskilt avtale fra 1999 om tilknytning til gjennomføringen, anvendelsen og videreutviklingen av Schengen-regelverket. Ifølge artikkel 1 i avtalen knyttes Norge og Island til EUs virksomhet på områder som omfattes av vedlegg til avtalen, blant annet felles regler om passering av indre grenser og felles regler for kontroll med ytre grenser. Når EU vedtar nye Schengen-relevante rettsakter, må disse vedtas av Norge etter prosedyrene i artikkel 8. Schengen-reglene er i seg selv kun folkerettslig forpliktende og må gjennomføres i Norge.
- (35) Ifølge tilknytningsavtalen artikkel 9 er det en målsetting å oppnå en ensartet anvendelse og fortolkning av Schengen-reglene. Det betyr at avgjørelser fra EU-domstolen er en sentral rettskilde. Ved fastleggelsen av innholdet i EU-regelverk må det ses hen til den alminnelige tolkningsmetoden som EU-domstolen benytter, jf. HR-2023-1246-A *drone* avsnitt 41. Det innebærer blant annet at regelens ordlyd, kontekst og formål står sentralt.
- (36) Grenseforordningen angir både overordnede prinsipper for grensekontroll som ledd i Schengen-samarbeidet og konkrete regler om gjennomføringen av kontrollen. På handlingstidspunktet gjaldt grenseforordningen som norsk forskrift etter utlendingsforskriften § 4-1, jf. utlendingsloven § 14, se nå grenseloven § 8 første ledd, som gjennomfører forordningen på lovs nivå.

Hovedpunkter i grenseforordningen av relevans for saken

- (37) Ifølge artikkel 1 skal det ikke foretas grensekontroll av personer som krysser de indre grensene mellom medlemsstater i EU. Grensekontroll – «border control» – er i artikkel 2 nr. 10 definert slik:

«... the activity carried out at a border, in accordance with and for the purposes of this Regulation in response exclusively to an intention to cross or the act of crossing that border, regardless of any other consideration, consisting of border checks and border surveillance».

- (38) Hva som menes med «border checks» – inn- og utreisekontroll – fremgår av artikkel 2 nr. 11:

«... the checks carried out at border crossing points, to ensure that persons, including their means of transport and the objects in their possession, may be authorised to enter the territory of the Member States or authorised to leave it».

- (39) Kort sagt går grensekontroll etter forordningen altså ut på kontroll på en grenseovergang som skjer utelukkende fordi en person krysser grensen eller ønsker å gjøre det, og som gjennomføres for å sikre at den reisende har lov til å reise inn på eller ut av medlemsstatenes territorium.
- (40) I artikkel 8 er det regler om grensekontroll ved kryssing av den *ytre* grensen. Artikkelens nr. 2 inneholder regler om inn- og utreisekontrollens minimumsinnhold overfor Schengen-borgere for å fastslå deres identitet på grunnlag av framvisning av reisedokumenter. Minimumskontrollen skal bestå av en rask og enkel kontroll, eventuelt ved hjelp av tekniske hjelpemidler og søk i databaser, for å undersøke om reisedokumentet er gyldig, eller om det er stjålet eller forfalsket.
- (41) Kontrollen av tredjelandsborgere ved den *ytre* grensen er mer inngripende, se artikkel 8 nr. 3. Her er det tale om en grundig kontroll av en rekke ulike forhold, blant annet av reisedokumentene, avreise- og bestemmelsessted og formålet med oppholdet, om vedkommende har tilstrekkelige midler til livsopphold, og om han eller hun utgjør en trussel mot medlemsstatenes offentlige orden, indre sikkerhet, folkehelse eller internasjonale forbindelser.
- (42) Om kontroll ved *indre* grenser heter det i artikkel 22:
- «Internal borders may be crossed at any point without a border check on persons, irrespective of their nationality, being carried out.»
- (43) Indre grenser kan altså krysses hvor som helst uten at det gjennomføres grensekontroll av personer, og det skilles ikke mellom Schengen-borgere og tredjelandsborgere. Politimyndighet kan likevel utøves på grensen og i grenseområder innenfor rammen av artikkel 23, jf. bokstav a første punktum:
- «The absence of border control at internal borders shall not affect:
- (a) the exercise of police powers by the competent authorities of the Member States under national law, insofar as the exercise of those powers does not have an effect equivalent to border checks; that shall also apply in border areas.»
- (44) Forordningen trekker her opp et skille mellom grensekontroll, som reguleres av artikkel 22, og utøvelse av annen politimyndighet på grensen, som ikke begrenses av forordningen. Skillet beror på om myndighetsutøvelsen har en *tilsvarende virkning som grensekontroll*,

ettersom en slik virkning undergraver regelen om grensekryssing uten inn- og utreisekontroll.

(45) Til hjelp ved grensedragningen er det i bokstav a andre punktum oppstilt veiledende momenter:

«Within the meaning of the first sentence, the exercise of police powers may not, in particular, be considered equivalent to the exercise of border checks when the police measures:

- (i) do not have border control as an objective;
- (ii) are based on general police information and experience regarding possible threats to public security and aim, in particular, to combat cross-border crime;
- (iii) are devised and executed in a manner clearly distinct from systematic checks on persons at the external borders;
- (iv) are carried out on the basis of spot-checks;»

(46) Jeg kommer tilbake til disse.

(47) Fravær av grensekontroll er ikke til hinder for å innføre påbud om å være i besittelse av identifikasjonspapirer, jf. artikkel 23 bokstav c.

(48) Grensekontroll på indre grenser kan *gjeninnføres midlertidig* etter rammeverket i artikkel 25, som lyder slik:

- «1. Where, in the area without internal border control, there is a serious threat to public policy or internal security in a Member State, that Member State may exceptionally reintroduce border control at all or specific parts of its internal borders for a limited period of up to 30 days or for the foreseeable duration of the serious threat if its duration exceeds 30 days. The scope and duration of the temporary reintroduction of border control at internal borders shall not exceed what is strictly necessary to respond to the serious threat.
- 2. Border control at internal borders shall only be reintroduced as a last resort, and in accordance with Articles 27, 28 and 29. The criteria referred to, respectively, in Articles 26 and 30 shall be taken into account in each case where a decision on the reintroduction of border control at internal borders is considered pursuant, respectively, to Article 27, 28 or 29.
- 3. If the serious threat to public policy or internal security in the Member State concerned persists beyond the period provided for in paragraph 1 of this Article, that Member State may prolong border control at its internal borders, taking account of the criteria referred to in Article 26 and in accordance with Article 27, on the same grounds as those referred to in paragraph 1 of this Article and, taking into account any new elements, for renewable periods of up to 30 days.
- 4. The total period during which border control is reintroduced at internal borders, including any prolongation provided for under paragraph 3 of this

Article, shall not exceed six months. Where there are exceptional circumstances as referred to in Article 29, that total period may be extended to a maximum length of two years, in accordance with paragraph 1 of that Article.»

- (49) Grunnvilkåret for å gjeninnføre grensekontroll midlertidig er altså at det foreligger en alvorlig trussel mot den offentlige orden eller indre sikkerhet, jf. artikkel 25 nr. 1. Dette kan omfatte en alvorlig helsetrussel i form av en pandemi, jf. EU-domstolens storkammerdom 5. desember 2023 i sak C-128/22 *Nordic Info* avsnitt 125. Tiltaket kan kun brukes som en siste utvei, jf. artikkel 25 nr. 2, og ikke være mer omfattende eller vare lenger enn nødvendig.
- (50) Artikkel 25 inneholder frister for hvor lenge en gjeninnført grensekontroll kan vare. Jeg kommer tilbake til disse tidsbegrensningene. Grensekontroll etter artikkel 25 krever at EU-kommisjonen notifiseres etter regler i artikkel 27.

Prosessen som ledet frem til påbudet om å fremvise negativ covid-test ved innreise til Norge

- (51) I HR-2022-718-A *hyttekarantene* avsnitt 36 til 59 gjøres det rede for utviklingen som ledet frem til tiltak for å hindre smitte fra Sverige, se også karantenehotell-dommen avsnitt 39 til 47. Jeg viser til dette, og nøyer meg her med å si noe om prosessen som ledet frem til påbudet om å vise frem negativ covid-test ved innreise til Norge.
- (52) Regjeringen la 12. mars 2020 frem tiltak mot covid-19-pandemien, blant annet full nedstengning av skoler, kulturarrangementer og idrettsaktiviteter. En viktig del av tiltakspakken var innføringen av innreiserestriksjoner, jf. NOU 2022: 5 *Myndighetenes håndtering av koronapandemien – del 2* side 192. Den 15. mars 2020 ble det vedtatt forskrift om bortvisning mv. av utlendinger av hensyn til folkehelsen (bortvisningsforskriften), og fra 16. mars 2020 ble det gjeninnført grensekontroll på indre grenser.
- (53) Bakgrunnen for tiltakene var at en ukontrollert pandemi «vil gi en samlet stor sykdomsbyrde med et høyt antall syke og et høyt antall sykehusinnleggelses», jf. Prop. 124 L (2019–2020) fra mai 2020 med forslag til en midlertidig lov om innreiserestriksjoner for utlendinger av hensyn til folkehelsen. Det ble vist til at «å begrense antall tilreisende minsker den generelle personmobiliteten i samfunnet og dermed også smittespredningen», jf. proposisjonen side 7. Å hindre en stor konsentrasjon av tilreisende på enkelte steder ville gi «bedre forutsetninger for overholdelse av smittevernanbefalinger» og hindre ekstrabelastning på helsevesenet. Det ble lagt opp til å videreføre reglene i bortvisningsforskriften gjennom den nye særloven og forskrift til denne, se proposisjonen side 5 og lovvedtak 19. juni 2020 nr. 83.
- (54) Forholdet til Schengen-samarbeidet ble vurdert i proposisjonen kapittel 6. Departementet viste til EU-kommisjonens retningslinjer om bevegelse over ytre og indre grenser under pandemien. Det fremhevet også at alle medlemsstatene unntatt Irland hadde fulgt opp Kommisjonens retningslinje 30. mars 2020 om å innføre midlertidig forbud mot ikke-essensiell innreise til EU. Departementet foretok imidlertid ingen vurdering av om, og eventuelt i hvilken grad, smitteverntiltak på grensen måtte anses som grensekontroll etter grenseforordningen.

- (55) Behovet for innreiserestriksjoner ble større etter hvert som pandemien utviklet seg. I november 2020 ble det med hjemmel i smittevernloven § 7-12 innført krav om at utlendinger måtte fremvise negativ covid-test ved innreise til Norge, og om bortvisning av dem som kom hit uten slik dokumentasjon.
- (56) I Prop. 61 L (2020–2021), som ble fremmet 11. desember 2020 med forslag til endringer i den midlertidige loven fra 2020, omtales importsmitte på side 23 som en «vesentlig risikofaktor for smittespredning i Norge». Departementet så det som nødvendig, på bakgrunn av råd fra helsemyndighetene, å videreføre kravet om negativ test. Påbudet ble begrunnet slik:
- «Testkravet tjener særlig følgende formål:
- Hindre at smittede personer reiser til Norge (importsmitte)
 - Redusere faren for videre smitte i Norge (sekundærsmitte)
 - Motvirke at det oppstår kapasitetsmessige utfordringer i helsevesenet
 - Redusere kapasitetspresset i landets kommuner ...
 - Slå ned smittespredningen for raskere normalisering av samfunnet
 - Hindre smittespredning gjennom å begrense mobilitet
- Helsemyndighetene legger til grunn at importsmitte kan føre til utbrudd i hele landet og er en av hovedutfordringene knyttet til å holde det nasjonale smittepresset nede. ... [E]t krav om fremvisning av negativ test for å kunne reise inn i Norge kan bidra til å redusere denne risikoen.»
- (57) Departementet vurderte alternative tiltak, for eksempel tilbud om hurtigtest ved ankomst, men avviste det ut fra smittevernfaglige vurderinger. Påbudet om å legge frem en negativ test ved ankomst hadde som formål «å hindre at personer reiser dersom de er syke». Å tilby hurtigtest for reisende som ikke hadde testet seg før avreise, kunne ikke ivareta dette hensynet, jf. proposisjonen side 25. Reisende ville kunne ta sjansen på at de ikke var smittet og sløyfe testing før avreise, og ankomststedene ville da kunne få et økt antall positivt testede på grensen som myndighetene ville få et ansvar for.
- (58) Prop. 61 L (2020–2021) kapittel 6 inneholder en vurdering av forholdet til Norges internasjonale forpliktelser, blant annet forpliktelser etter EØS-avtalen, Schengen-avtalen og menneskerettighetene. Også her legges det til grunn at innreiserestriksjonene var i tråd med Schengen-reglene.
- (59) Plikten til å fremlegge negativ forhåndstest ble i november 2020 tatt inn i covid-19-forskriften § 4a og straffesanksjonert etter forskriften § 24. På dette tidspunktet gjaldt påbudet kun for utlendinger, som følge av et unntak for norske statsborgere i andre ledd bokstav a.
- (60) Våren 2021 advarte Helsedirektoratet om en kraftig økning i smittetallene i Norge på grunn av nye virusvarianter med økt spredningsevne og redusert effekt av immunitet, den såkalte tredje smittebølgen. Flere sykehus avlyste ikke-akutt behandling for å kunne ivareta et økt antall innlagte covid-pasienter. Det var også forventet økt reisevirksomhet i forbindelse med påsken. Utviklingen våren 2021 er beskrevet av Koronakommisjonen i NOU 2022: 5 side 25 flg.

- (61) Den 28. mars 2021 varslet regjeringen i en pressemelding at det fra 1. april også for norske statsborgere ville gjelde krav om å kunne fremvise negativ covid-test på grensen når de ankom Norge fra et område med karanteneplikt. Det ble videre opplyst at norske statsborgere ikke ville kunne nektes innreise dersom de ikke oppfylte kravet, men at det kunne medføre bøter.
- (62) Innskjerpingen ble ikke begrunnet ut over det jeg har gjengitt fra Prop. 61 L (2020–2021) om formålet med testkravet. I Koronakommisjonens andre delrapport er det imidlertid opplyst at Helse- og omsorgsdepartementet i et internt notat 5. mars 2021 argumenterte med at et krav om negativ test også for norske statsborgere kunne være «egnet til å bidra til færre feriereiser til utlandet i påsken», jf. NOU 2022: 5 side 217.
- (63) Jeg nevner også at det fra 2. januar 2021 ble innført et påbud i covid-19-forskriften § 4d om at personer som ankom Norge fra et karantenepliktig område, måtte la seg teste på grensen. Dette påbudet, som står sentralt i covid-test II-saken, gjaldt i tillegg til påbudet i § 4a om å fremvise negativ covid-test.

Norges kontroll på indre grenser våren og sommeren 2021

- (64) Stortinget fattet 19. januar 2021 vedtak om å styrke kontrollen ved grenseovergangene som en del av covid-19-håndteringen. I brev 29. januar 2021 ga Justis- og beredskapsdepartementet Politidirektoratet (POD) et overordnet ansvar og myndighet til å koordinere innsatsen til involverte aktører på grensepasseringsstedene. Formålet var å sørge for at «alle som fremstilles for test på grensen ikke gis anledning til å unndra seg test». Det heter videre:
- «POD skal sørge for at det iverksettes adekvate tiltak på tvers av sektorer for å ivareta både innreiserestriksjonene og smittevernbestemmelsene i covid-19-forskriften. POD skal i denne forbindelse sørge for at andre offentlige myndigheter utfører kompensierende tiltak, som eksempelvis ulike former for trafikkregulering (skilting, fysiske sperrer etc.), for å sikre at alle som har testplikt i henhold til covid-19-forskriften blir testet.»
- (65) Ifølge de operative rutinene til Øst politidistrikt, revidert 20. februar 2021, var intensjonen med kontrollen på riksgrensen til Sverige over Ørje å se til at «trafikken over grensa og sirkulasjon av mennesker skal tas ned fra normalnivå for å begrense importsmitten». Politiet skulle «kontrollere så mange av de innpasserende kjøretøy som mulig, basert på tilgjengelige ressurser og HMS-vurderinger». Det var med andre ord et visst rom for prioriteringer. Men det ble «forventet at tilnærmet 100 % av trafikken på grønn sone blir kontrollert».
- (66) Koronakommisjonen beskriver kontrollaktiviteten ved grensen i et flyt-skjema som består av fire trinn, jf. NOU 2022: 5 side 191. Figur 7.2 har tittelen «Prosessen i grensekontrollen – innreiserestriksjoner og karantenehotell» og bygger på opplysninger fra Justis- og beredskapsdepartementet gitt 12. april 2021.
- (67) Første trinn beskrives som ID-kontroll, det vil si kontroll av reisedokumenter. Dersom dette ikke medførte bortvisning, var andre trinn kontroll av om innreisevilkår var oppfylt. Dette omfattet kontroll av om den reisende var omfattet av unntak fra påbudet i § 4a og, hvis ikke, fremvisning av attest på negativ test. Overtredelser her medførte bortvisning av

utlendinger. Tredje trinn var innreiseregistrering, med kontroll av kvittering for forhåndsregistrering. Fjerde trinn er beskrevet som smitteverntiltak med veiledning, det vil si covid-test ved innreise med henvisning til teststasjon og eventuelt henvisning til karantenehotell.

Tolkningen av grenseforordningen artikkel 22, 23 og 25 – særlig om EU-domstolens storkammerdom 5. desember 2023 i sak C-128/22 Nordic Info

- (68) Rådet for den europeiske union utarbeidet under pandemien rekommandasjoner om koordinering av tilgang til restriksjoner i den frie bevegelse som følge av covid-19 pandemien, jf. Rådets rekommandasjon 13. oktober 2020 (EU) 2020/1475. I februar 2021 ble rekommandasjonen artikkel 17 endret til å omfatte krav om testsertifikat med negativt testresultat ved innreise fra stater med mye smitte. Det går ikke frem av rekommandasjonen om dette i så fall innebar gjeninnføring av grensekontroll.
- (69) Partene har også vist til EU-kommisjonens retningslinjer 16. mars 2020 C (2020) 1753 final. Ifølge avsnitt 18 kan medlemsstatene gjeninnføre midlertidig grensekontroll dersom det er «justified for reasons of public policy or internal security». Etter avsnitt 20 krever ikke «[t]he conduct of health checks of all persons entering the territory of Member States ... the formal introduction of internal border controls». Uttrykket «health checks» omfattet screening for å avdekke symptomer, se retningslinjene del III. Men det sies ikke noe om hvorvidt helsesjekk kan gjennomføres uten innføring av grensekontroll også når helsesjekken kunne medføre bortvisning.
- (70) Etter mitt syn kaster hverken Rådets rekommandasjoner eller Kommisjonens retningslinjer særlig lys over spørsmålet om påbudet om å fremvise en negativ covid-test ved innreise, utgjør grensekontroll etter grenseforordningen artikkel 22 eller har tilsvarende virkning, jf. artikkel 23 bokstav a. Jeg går derfor ikke nærmere inn på dette. Den sentrale kilden her er uansett EU-domstolens storkammerdom i den nevnte Nordic Info-saken.
- (71) Saksforholdet var her at det belgiske selskapet Nordic Info BV krevde erstatning av den belgiske stat som følge av begrensninger i bevegelsesfriheten under covid-19-pandemien. Belgia vedtok i juli 2020 et straffesanksjonert forbud mot unødvendige inn- og utreiser fra og til områder med høyt smittetrykk. Nordic Info avlyste derfor alle reiser til Sverige. Erstatningskravet var blant annet begrunnet med at kontrollen med inn- og utreiseforbudet måtte anses som grensekontroll i strid med forordningen artikkel 25. Tiltaket kunne heller ikke, hevdet Nordic Info, omfattes av artikkel 23 bokstav a, ettersom det hadde tilsvarende virkning som inn- og utreisekontroll. Kontrollen ble hovedsakelig gjennomført i grenseområder ved stikkprøvekontroller på flyplasser og jernbanestasjoner med sikte på reiser til og fra høyrisikoområder, og av mobile enheter på veier i og utenfor grenseområdet, særlig rettet mot passasjertransport med buss.
- (72) Den belgiske førsteinstansdomstolen forela EU-domstolen spørsmål om grenseforordningen artikkel 22, 23 og 25 er til hinder for nasjonal lovgivning som ivaretar hensynet til folkehelsen under covid-pandemien ved å forby kryssing av indre grenser ved unødvendige reiser til og fra høyrisikoområder i Schengen-området, med tilhørende kontroll og straff ved overtredelser.

- (73) EU-domstolen tar utgangspunkt i artikkel 23 bokstav a, som jeg har gjengitt, og drøfter om momentene (i) til (iv) taler for at den belgiske ordningen hadde tilsvarende virkning som inn- og utreisekontroll.
- (74) Det første momentet – moment (i) – knytter seg til om myndighetsutøvelsen hadde grensekontroll som formål, jf. dommen avsnitt 113. Domstolen slår fast at formålet med grensekontroll er å sikre at personer som krysser grensen, eller ønsker å gjøre det, har lov til å reise inn og ut av en medlemsstats område.
- (75) Domstolen legger stor vekt på at formålet med de belgiske kontrollene, som ble gjennomført for å sikre etterlevelse av det nasjonale forbudet mot grensekryssing, på sentrale punkter avviker fra formålet som forfølges ved grensekontroll, jf. avsnitt 114. Kontrollen hadde riktignok, slik det pekes på i avsnitt 106, til formål å etterprøve om personer hadde lov til å passere grensen. Men hovedformålet med kontrollene var å begrense, som et hastetiltak, spredningen av covid-19 i Belgia. I lys av forpliktelsen for enhver som ankom fra en stat i Schengen-området med høy smittefare, til å la seg teste og gå i karantene – var det viktig å sikre at slike reisende ble identifisert og overvåket.
- (76) Ut fra dette hovedformålet slår domstolen fast at kontroll for å sikre etterlevelse av reiseforbudet ikke kan bli ansett for å ha en tilsvarende virkning som grensekontroll, slik artikkel 23 bokstav a forbyr, jf. dommen avsnitt 115. Domstolen går likevel inn på de andre momentene i artikkel 23 bokstav a andre punktum. Jeg forstår dette slik at formålsbetraktninger veier meget tungt, men ikke i seg selv gir grunnlag for å konkludere med at smitteverntiltak på grensen under en pandemi ikke anses som grensekontroll.
- (77) Den omstendighet at kontrollen hovedsakelig ble gjennomført i grenseområder, er ikke tilstrekkelig til at myndighetsutøvelsen hadde en tilsvarende virkning som inn- og utreisekontroll, ettersom medlemsstatenes politimyndighet også gjelder på grensen, jf. avsnitt 116.
- (78) Etter moment (ii) har det betydning hvorvidt politiltaket er basert på «general police information and experience» om helsetrusselen i området, jf. avsnitt 119. Domstolen peker på at dette ikke er oppfylt når kontrollene baseres på et generelt forbud, uten hensyn til hvordan personen som kontrolleres, oppfører seg, eller om omstendighetene tilsier risiko for skade. Dette momentet talte for at den belgiske ordningen hadde tilsvarende virkning som inn- og utreisekontroll.
- (79) Ut fra den helt spesielle situasjonen som forelå, der pandemien utgjorde en alvorlig trussel mot folkehelsen, forårsaket dødsfall og kunne overbelaste helsevesenet, legger EU-domstolen likevel begrenset vekt på at kontrollene ble gjennomført på grunnlag av et generelt forbud, jf. avsnitt 120. Det må tas hensyn til at det på forhånd er ekstremt vanskelig, kanskje umulig, å ta stilling til hvem som reiser til eller fra land med høyt smittetrykk. Det er derfor ut fra moment (ii) tilstrekkelig at kontrollen er besluttet og iverksatt på grunnlag av forhold som objektivt sett utgjør en risiko for en stor og alvorlig trussel mot folkehelsen, og at kontrollen skjer der det forventes at et stort antall reisende omfattes av forbudet.
- (80) I avsnitt 121 omtaler domstolen moment (iii) om at myndighetsutøvelsen, for ikke å anses som grensekontroll eller for å ha tilsvarende virkning, må være uformet og utført på en måte som klart atskiller seg fra systematisk inn- og utreisekontroll på den ytre grensen.

Dette momentet henger sammen med moment (iv) om hvorvidt myndighetsutøvelsen utføres som stikkprøvekontroll. Den belgiske ordningen var innrettet slik at det ble gjennomført tilfeldige stikkprøvekontroller. Men domstolen understreker at den foreleggende rett like fullt må prøve om myndighetsutøvelsen skilte seg klart fra inn- og utreisekontroll med tanke på kontrollens intensitet, hyppighet og selektivitet.

- (81) Domstolen presiserer deretter i avsnitt 122 at kontrollutfordringene den peker på i avsnitt 120, medfører en skjønnsmargin for medlemsstatene, men at skjønnsmarginen ikke kan utvides i et slikt omfang at kontrollen «cannot be distinguished ‘clearly’ from systematic checks on persons at the external borders of the European Union and are of such a systematic nature».
- (82) Rettssetningen i dommen kan etter dette sammenfattes på denne måten:
- (83) Utøvelse av politimyndighet i grenseområdet for å sjekke at forbud mot inn- og utreise blir etterlevd under en pandemi for å sikre mot dødsrisiko i deler av befolkningen og mot overbelastning av helsevesenet, er ikke grensekontroll og har heller ikke virkninger som en grensekontroll. Dette forutsetter imidlertid at myndighetsutøvelsen klart skiller seg fra inn- og utreisekontroll som gjennomføres ved kryssing av den ytre Schengen-grensen.

Var det norske påbudet om å vise frem gyldig negativ covid-test grensekontroll, eventuelt annen utøvelse av politimyndighet med tilsvarende virkning som grensekontroll?

- (84) Dersom påbudet i covid-19-forskriften § 4a er grensekontroll, må vilkårene i grenseforordningen artikkel 25 være oppfylt for at forskriften skal være i samsvar med Norges Schengen-forpliktelser.
- (85) Partene er enige om at ID-kontrollen på riksgrensen mot Sverige sommeren 2021 var grensekontroll. Uenigheten knytter seg til om påbudet om å fremvise negativ covid-test var en del av denne grensekontrollen, eventuelt myndighetsutøvelse med tilsvarende virkning, slik forsvareren anfører, eller om det må skilles mellom identitetskontrollen og påbudet i § 4a, slik at det siste ikke omfattes av grensekontrollen og heller ikke anses som myndighetsutøvelse med tilsvarende virkning.
- (86) Jeg er enig med påtalemyndigheten i at selv om det blir foretatt grensekontroll, må det følge av artikkel 23 bokstav a at ikke enhver annen myndighetsutøvelse som finner sted på grenseovergangen til samme tid, uten videre inngår i grensekontrollen. Det må, på grunnlag av kriteriene som EU-domstolen oppstiller i Nordic Info-saken, foretas en nærmere vurdering av de enkelte elementene av myndighetsutøvelse.
- (87) Hovedformålet med påbudet om å fremvise negativ covid-test var å unngå importsmitte fra utlandet. Jeg viser til det jeg har sagt om at påbudet i § 4a ble regnet som et viktig smitteverntiltak. Forsvareren har pekt på at formålet med å utvide påbudet til også å omfatte norske statsborgere, var å redusere reiselysten ved å gjøre det mer byrdefullt å ta seg inn i Norge igjen. Dette underbygges som nevnt av Koronakommisjonens andre delrapport. Men også en slik målsetting ivaretar hensynet til smittevernet og må ses i sammenheng med den smittevern faglige begrunnelsen for påbudet som allerede var gitt. Jeg kan ikke se annet enn at formålsbetraktninger gjør seg gjeldende med like stor styrke

her som i Nordic Info-saken. Påbudet var begrunnet i forhold som objektivt sett ga grunnlag for å frykte smittespredning.

- (88) Den avgjørende testen blir dermed om påbudet ut fra kontrollens innhold og innretning, særlig med tanke på intensitet, hyppighet og selektivitet, jf. dommen i Nordic Info-saken avsnitt 121, skilte seg klart fra grensekontroll på den ytre Schengen-grensen.
- (89) Det er likhetstrekk mellom påbudet om å fremvise gyldig negativ covid-test og inn- og utreisekontrollen etter grenseforordningen artikkel 8. Kontrollen av påbudet åpnet for et visst skjønn, men var i all hovedsak *systematisk innrettet* og ikke basert på tilfeldig stikkprøvekontroll. For utenlandske statsborgere kunne utfallet bli bortvisning, altså samme virkning som ved grensekontroll på den ytre grensen. Jeg nevner også at om den reisende kan anses som en trussel mot folkehelsen, er et tema ved kontroll med tredjelandsborgere etter forordningen artikkel 8 nr. 3 bokstav a punkt iv. Fremvisningen av den negative testen fant dessuten sted i forlengelsen av ID-kontrollen.
- (90) Det er imidlertid også forskjeller. Kontrollen med påbudet var *mindre intens* enn ved grensekontroll ved ytre grense, i betydningen mindre grundig og omfattende. Jeg viser til kravene til kontroll av tredjelandsborgere etter grenseforordningen artikkel 8 nr. 3, som omfatter langt flere parametere, og også både inn- og utreisekontroll. Påbudet i § 4a gjaldt kun ved innreise. I tillegg var plikten til å fremvise negativ covid-test *mer selektiv*, ettersom påbudet kun gjaldt personer som kom fra et område med karanteneplikt. I § 4a var det unntak for visse persongrupper når det var «umulig eller uforholdsmessig krevende» å fremskaffe attest, jf. andre ledd bokstav c, og tredje ledd oppstilte mange unntak for personer som typisk hadde gode grunner til å reise, se bokstav a til u.
- (91) Som nevnt kunne *utfallet* for utenlandske statsborgere bli bortvisning, men for norske statsborgere og andre med oppholdstillatelse eller oppholdsrett i Norge – som må antas å ha utgjort en stor andel av de kontrollerte – var det mulige utfallet av strafferettslig art i form av bot.
- (92) Jeg finner ikke konklusjonen opplagt, men har etter en samlet vurdering kommet til at påbudet i § 4a tilstrekkelig klart skilte seg fra grensekontroll ved den ytre grensen, og derfor må bedømmes som annen lovlig myndighetsutøvelse på grensen etter grenseforordningen artikkel 23 bokstav a. Forholdet til grenseforordningen medfører da ikke at forskriften § 4a var ugyldig.
- (93) Jeg kan ikke se at dette endres av at man fra norsk side notifikerte i henhold til grenseforordningen. Det er på det rene at det ble gjennomført grensekontroll, men slik jeg ser det, omfattet den altså ikke fremvisning av negativ covid-test. I lys av omstendighetene finner jeg det imidlertid naturlig også å ta stilling til spørsmålet om tiltaket uansett oppfylte kravene etter grenseforordningen artikkel 25.

Krav til notifikasjon og varighet ved gjeninnføring av midlertidig grensekontroll etter artikkel 25

- (94) Grenseforordningen artikkel 25 åpner som nevnt for en *midlertidig gjeninnføring* av grensekontroll. Midlertidigheten kommer til uttrykk i ulike sett av tidsfrister i nr. 1, 3 og 4, som jeg har gjengitt.

- (95) Systemet kan sammenfattes slik at en grensekontroll kan *gjeninnføres* for høyst 30 dager, eller så lenge den alvorlige trusselen forventes å vedvare, jf. nr. 1. Dersom den samme trusselen varer lenger enn dette, kan grensekontrollen *forlenges* etter nr. 3. Men den samme midlertidige grensekontrollen kan aldri overstige seks måneder, jf. nr. 4. Denne fristen er absolutt, jf. EU-domstolens storkammerdom 26. april 2022 i de forente sakene C-368/20 og C-369/20 NW avsnitt 61 og 70. En *ny* trussel kan imidlertid etter avsnitt 81 begrunne en *ny* midlertidig gjeninnføring av grensekontroll, der fristene i artikkel 25 løper på nytt.
- (96) Det sentrale spørsmålet i saken her er om Norge overholdt maksimumsfristen på seks måneder i artikkel 25 nr. 4, men forsvareren har også innvendinger mot Norges notifikasjoner etter artikkel 27. Før jeg går inn på disse spørsmålene, er det nødvendig kort å gjøre rede for hvordan Norge praktiserte artikkel 25 under pandemien.
- (97) Ved brev 14. april 2020 ble grensekontroll gjeninnført for 90 dager fra 15. mai 2020, og forlenget tre ganger á 30 dager. Ved brev 9. november 2020 ble grensekontroll gjeninnført fra 12. november 2020, også denne gang for 90 dager, og senere forlenget tre ganger á 30 dager. Den siste notifikasjonen om gjeninnføring, som omfatter handlingstidspunktet i saken her, fant sted 3. mai 2021 med virkning i 120 dager fra 11. mai. Forlengelse i 30 dager ble notifisert 6. september 2021 med virkning fra 8. september.
- (98) Det opplegget som Norge benyttet, og som altså bygger på en kombinasjon av gjeninnføring med forlengelser innenfor seks månedersfristen, og deretter nye gjeninnføringer og forlengelser, forutsetter at pandemien utgjorde en *ny* trussel ved hver gjeninnføring. I saken her er det gjeninnføringen i mai 2021 som skal prøves.
- (99) Skillet mellom *ny* og *samme* trussel må trekkes opp i lys av EU-domstolens dom i NW-saken. Her var gjeninnføringen av midlertidig grensekontroll begrunnet i migrasjon, terrorfare og utviklingen på Balkan.
- (100) Domstolen presiserer at en *ren revurdering* av trusselen ikke kan begrunne en *ny* gjeninnføring, se særlig avsnitt 68. Det er heller ikke tilstrekkelig at trusselen som begrunnet den forrige gjeninnføringen, vedvarer, jf. avsnitt 66.
- (101) For at trusselen skal anses som *ny*, må den *adskille* seg fra den opprinnelige trusselen, jf. avsnitt 81. Ut fra formålet med tidsbegrensningen ligger det nær – slik den franske høyesterett for forvaltningssaker, Conseil d'État, gjør i dom 27. juli 2022 i sak nr. 463850 – å bedømme en trussel som *ny* ikke bare når den er av en annen art enn den opprinnelige, men også dersom nye omstendigheter endrer trusselens egenskaper, slik at den nå er av en annen intensitet, aktualitet eller omfang.
- (102) Ikke enhver endring kan være tilstrekkelig. Terskelen må fastsettes slik at det sikres en rimelig balanse mellom hensynet til fri bevegelse og behovet for å sikre offentlig orden og indre sikkerhet, herunder hensynet til folkehelsen, i den enkelte medlemsstat, jf. NW-dommen avsnitt 72. Det følger videre av NW-dommen at spørsmålet må vurderes inngående og konkret av den nasjonale domstolen, ut fra de faktiske omstendighetene som begrunnet gjeninnføringen.

- (103) I denne avveiningen ligger det en viss skjønnsmargin for medlemsstatene. Staten må imidlertid godtgjøre – «demonstrate» – at trusselen er ny. Utgangspunkt må tas i notifikasjonen, jf. dommen avsnitt 80 til 81.
- (104) I notifikasjonen 3. mai 2021 begrunnet justisminister Monica Mæland gjeninnføringen fra 11. mai slik:
- «The current situation, with new and more contagious strings of the virus has made it necessary to invoke exceptional measures to mitigate the situation. Therefore, I have decided to reintroduce temporary border controls at all Norwegian borders (land, sea and air) for 120 days from the 11th of May 08.00, pursuant to the Schengen Borders Code, article 25 paragraph 3 and article 27.»
- (105) Spørsmålet er om de faktiske omstendighetene som hun viste til, nye virusvarianter og virkningene av disse, utgjorde en ny trussel.
- (106) Det må, slik det går frem av dommen i NW-saken, foretas en konkret og nyansert vurdering av situasjonsbildet. Jeg viser til min redegjørelse for den svært krevende smittesituasjonen våren 2021, der nye og mer smittsomme virusvarianter endret pandemiens egenskaper slik at den påførte helsevesenet større belastninger og gjorde det nødvendig med mer inngripende smitteverntiltak. Ut fra denne situasjonen, og i lys av rettesnoren om å finne en rimelig balanse mellom hensynet til den frie bevegelighet og hensynet til folkehelsen, måtte trusselen anses som ny på dette tidspunktet. Det var derfor slik jeg ser det grunnlag for å gjeninnføre grensekontrollen 11. mai 2021. Jeg føyer til at notifikasjonen ikke ledet til noen oppfølging fra EUs side, slik artikkel 27 åpner for, uten at dette nødvendigvis må forstås slik at bruken av artikkel 25 ble akseptert.
- (107) Når det gjelder kravene til selve notifikasjonen, har forsvaren rett i at henvisningen til artikkel 25 nr. 3, som gjelder forlengelse, er feil. Rett henvisning er nr. 1 om gjeninnføring. Jeg legger imidlertid ikke noen større vekt på dette – det går klart frem av brevet ellers at notifikasjonen gjelder gjeninnføring, ikke forlengelse. Notifikasjonen er kortfattet, men oppfylder kravene i artikkel 27 nr. 1, især når en tar i betraktning at nye og mer smittsomme virusvarianter på dette tidspunktet var velkjent.
- (108) Forsvareren har videre innvendt at det uansett ikke var grunnlag for å gjeninnføre grensekontrollen for hele 120 dager. Dette første valget av tidsintervall ved en gjeninnføring må imidlertid i en pandemisituasjon bygge på en sammensatt vurdering, der både smittevernfare og bredere samfunnsmessige hensyn gjør seg gjeldende. Det er ikke holdepunkter for at tidsfristen på 120 dager var mer langvarig enn det som på notifikasjonstidspunktet var strengt nødvendig for å møte den nye alvorlige trusselen mot folkehelsen, jf. artikkel 25 nr. 1 siste punktum. Behovet for reiserestriksjoner ved fritidsreiser gjorde seg særlig gjeldende gjennom sommerhalvåret.
- (109) Jeg har på denne bakgrunnen kommet til at den midlertidige grensekontrollen på handlingstidspunktet i juli 2021 var gjeninnført i samsvar med vilkårene i grenseforordningen artikkel 25 og 27.

Spørsmålet om covid-19-forskriften § 4a strider mot EØS-reglene

- (110) Forholdet til EØS-regelverket er tatt opp av partene utenfor den delen av anken som ble tillatt fremmet. Etter straffeprosessloven § 342 andre ledd nr. 1 kan retten prøve om straffelovgivningen er riktig anvendt, jf. HR-2021-1453-S NAV avsnitt 55 til 62. Slik denne saken ligger an, er det grunn for Høyesterett til å ta stilling til forholdet til EØS-reglene.
- (111) Forsvareren har anført at Norges EØS-rettslige forpliktelser er til hinder for domfellelse. Etter hans syn var påbudet om å fremvise en negativ covid-test ved innreise til Norge, en restriksjon i norske borgeres rett til å reise *ut* av Norge etter direktiv 2004/38/EC, unionsborgerdirektivet, artikkel 4. Retten til fri *innreise* etter artikkel 5 gjelder ikke norske statsborgeres adgang til riket, kun borgere fra andre medlemsstater, jf. Nordic Info-dommen avsnitt 60.
- (112) Det følger av EU-domstolens praksis at restriksjonsbegrepet tolkes vidt, se for eksempel Nordic Info-dommen avsnitt 58: Ethvert tiltak som «prohibit, impede or render less attractive the exercise of the freedom of movement ... must be regarded as ‘restrictions’ on that freedom». Påbudet i § 4a gjorde det mindre attraktivt for norske statsborgere å reise ut av Norge, hvilket også var meningen. Jeg er derfor enig i at påbudet utgjorde en restriksjon på den frie bevegelse innenfor EØS-området, og det samme er lagt til grunn i Prop. 61 L (2020–2021) side 24.
- (113) Covid-19-pandemien kunne av hensyn til folkehelsen begrunne restriksjoner på den frie bevegelse, jf. direktivet artikkel 27 nr. 1 og 29 nr. 1. Jeg viser til EFTA-domstolens uttalelse i dom 21. mars 2024 i sak E-5/23 *LDL* avsnitt 62. Det er heller ikke bestridt at de prosessuelle kravene etter direktivet artikkel 30 og 31 var oppfylt. Dette spørsmålet er vurdert i karantenehotell-dommen avsnitt 108 til 117, og konklusjonen må bli den samme i saken her. Jeg kan heller ikke se at det EØS-rettslige klarhetskravet oppstiller begrensninger i saken her ut over lovkravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7, som jeg kommer tilbake til.
- (114) Det avgjørende spørsmålet er om påbudet i § 4a oppfyller vilkåret om at restriksjonen må være forholdsmessig – om den er egnet og nødvendig for å oppnå formålet. Ettersom ordningen gjorde inngrep i grunnleggende rettigheter, må det etter EØS-reglene i tillegg foretas en forholdsmessighetsvurdering i snever forstand, der viktigheten av formålet om å beskytte folkehelsen må avveies mot hvor alvorlig inngrepet i disse rettighetene var. Utgangspunktene for disse vurderingene følger av EFTA-domstolens uttalelse i *LDL*-saken avsnitt 82:

«Kravet om forholdsmessighet innebærer rent konkret at det må kontrolleres at tiltak slik som dem hovedsaken gjelder, for det første er egnet til å nå det fastsatte formålet, i dette tilfelle beskyttelse av folkehelsen, for det andre er begrenset til det som er strengt nødvendig, i den forstand at formålet med rimelighet ikke vil kunne nås like effektivt med andre midler som ville være mindre inngripende i forhold til de rettigheter og friheter de berørte personer er sikret, og for det tredje ikke er uforholdsmessige i forhold til dette formålet, noe som særlig innebærer en avveining mellom hvor viktig formålet er, og hvor alvorlig inngrepet i disse rettighetene og frihetene er (se sak E-8/20 Straffesak mot N, dom 5. mai 2021, avsnitt 91, 93, 94 og 95 og rettspraksis som det vises til der, jf. dommen i Nordic Info, sitert over, avsnitt 77).»

- (115) I avsnitt 83 slår EFTA-domstolen fast at det er opp til EØS-statene å bestemme «hvilket beskyttelsesnivå de ønsker å gi folkehelsen, og måten dette beskyttelsesnivå skal oppnås på». I HR-2022-718-A *hyttekarantene* avsnitt 152 heter det at statene «har en relativt stor grad av frihet til å fastsette beskyttelsesnivået».
- (116) Usikkerhet om effekten av et tiltak er ikke til hinder for at dette kan iverksettes. EØS-statene kan treffe beskyttende tiltak uten å måtte vente til risikoen blir helt åpenbar, jf. karantenehotell-dommen avsnitt 121 med henvisning til blant annet avsnitt 84 i EFTA-domstolens uttalelse i LDL-saken.
- (117) Spørsmålet om påbudet om å legge frem en negativ covid-test etter nødvendige reiser var et *egnet* tiltak, må vurderes med utgangspunkt i EFTA-domstolens uttalelse i LDL-saken avsnitt 87–90. Jeg viser til begrunnelsen i Prop. 61 L (2020–2021) for å videreføre et påbud om å fremvise negativ test ved innreise. Etter helsemyndighetenes vurdering ville påbudet redusere risikoen for importsmitte og videre smittespredning. Utvidelsen av påbudet våren 2021 til også å omfatte norske borgere, må ses i lys av den smittevernfarene begrunnelsen for tiltaket som allerede var gitt i proposisjonen, og i sammenheng med de særlige utfordringer som oppstod under den tredje smittebølgen med nye virusvarianter våren 2021. Jeg legger også vekt på at plikt til å fremvise en negativ test i 2021 ble anbefalt av Rådet og iverksatt av andre stater. Ordningen inngikk i en helhetlig norsk strategi for å begrense smittespredningen, og skulle, sammen med andre tiltak, redusere det totale smittetrykket. Etter mitt syn oppfyller påbudet kravet om egnethet.
- (118) Ved vurderingen av om tiltaket også var *nødvendig*, må det tas stilling til om det fantes tiltak som under de samme omstendighetene måtte anses som like effektive for å nå folkehelseformålet, men mindre inngripende overfor personenes frie bevegelighet, jf. avsnitt 91 i EFTA-domstolens uttalelse. Også på dette punktet må det tas hensyn til at det er medlemsstatene som velger beskyttelsesnivået. Vurderingen av hva som er nødvendig, må knyttes opp mot nivået som er valgt.
- (119) Andre tiltak ble vurdert ikke å være tilstrekkelige for å slå ned importsmitten. Jeg viser også til at departementet vurderte alternative tiltak i form av test ved ankomst på grensen, men kom til at dette, ut fra smittevernfarene vurderinger som jeg har gjort rede for, ikke var nok. Det ble dessuten gjort omfattende unntak fra påbudet. Dette medfører at tiltaket samlet sett var nødvendig, og kravet til forholdsmessighet er derfor oppfylt. På denne bakgrunnen kan jeg heller ikke se at det var uforholdsmessig å kreve både negativ covid-test og ny test ved grensepasseringen.
- (120) Endelig må det, siden påbudet i § 4a grep inn i grunnleggende rettigheter etter EU-retten, ved vurderingen av forholdet til EØS-retten også tas stilling til om tiltaket var *forholdsmessig i snever forstand*, jf. EFTA-domstolens uttalelse i LDL-saken avsnitt 53 og 54. Utgangspunktet for vurderingen fremgår blant annet av EFTA-domstolens uttalelse avsnitt 94 og Nordic Info-dommen avsnitt 92. Spørsmålet er om tiltaket stod i et misforhold til målet om å ivareta hensynet til folkehelsen, hensett til den virkning tiltaket kunne ha på den frie bevegelighet for EØS-borgere og deres familiemedlemmer og på retten til respekt for deres privatliv og familieliv. EMK artikkel 8 og praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) er viktige kilder ved denne vurderingen. Ettersom staten har en positiv forpliktelse til også å beskytte liv, jf. EMK artikkel 2, må

rettighetene avveies mot hverandre slik at det oppnås en rimelig balanse mellom dem, jf. EFTA-domstolens uttalelse i LDL-saken avsnitt 94.

- (121) Ved den konkrete forholdsmessighetsvurderingen i snever forstand tar jeg utgangspunkt i at påbudet om å fremlegge negativ covid-test ved innreise grep inn i retten til fri bevegelse, ved at det ble mindre attraktivt for norske statsborgere å reise ut av Norge til områder i utlandet med høyt smittetrykk. I tillegg ble den reisendes privatliv berørt, ved at påbudet eksponerte helseopplysninger. Det må også tas hensyn til at en *positiv* test medførte at den reisende, for å unngå straff, ikke kunne reise hjem som planlagt, men i stedet fortsatt måtte oppholde seg i utlandet – og eventuelt borte fra familiemedlemmer.
- (122) På den annen side tjente påbudet til å redusere smittefaren og ivareta hensynet til folkehelsen på et tidspunkt da nye virusvarianter førte pandemien inn i en ny, krevende fase, hvor det hersket stor usikkerhet om det videre forløpet. Tiltaket var smittevern­faglig begrunnet og ble vurdert som et nødvendig element i en helhetlig smittevernstrategi for å unngå importsmitte. Mindre inngripende tiltak ble vurdert, men forkastet med en faglig begrunnelse. Behovet for endringer ble løpende vurdert, og lovgivningen var tidsbegrenset. Jeg legger også vekt på at påbudet var nøye utformet slik at det ikke skulle være unødig inngripende, ikke minst ved de mange unntakene i § 4a andre og tredje ledd, som omfattet grupper som hadde gode grunner til å reise, og at det gjaldt unntak dersom det var uforholdsmessig krevende å fremskaffe attest. Forholdet til Norges folkerettslige forpliktelser ble vurdert av lovgiveren i flere omganger, noe som resulterte i nye unntak fra påbudet. Etter mitt syn må påbudet på denne bakgrunnen anses som forholdsmessig også i snever forstand.
- (123) EØS-retten er etter dette ikke til hinder for domfellelse, og jeg finner ikke grunn til å ta stilling til påtalemyndighetens subsidiære anførsel om at A, ved ikke å opplyse om når utreisen fant sted, ikke har godtgjort at det forelå en restriksjon for hans del på utreisetidspunktet.
- (124) I lys av forholdsmessighetsvurderingen i snever forstand er det ikke holdepunkter for at tiltaket er i strid med EMK artikkel 8 eller Grunnloven § 102, og dette har heller ikke vært noe tema under ankeforhandlingen i Høyesterett. Jeg finner det derfor ikke nødvendig å gå nærmere inn på dette spørsmålet, som faller utenfor henvisningsbeslutningen.

Spørsmålet om straffetrusselen i covid-19-forskriften oppfyller lovkravet

- (125) Forsvareren har, utenfor den delen av anken som er tillatt fremmet, gjort gjeldende at det vil være i strid med lovkravet i Grunnloven § 96 eller EMK artikkel 7 å ilegge straff. I karantenehotell-dommen avsnitt 80 til 83 er det gjort rede for innholdet i lovkravet. Kort sagt kreves det at den aktuelle straffebestemmelsen – i saken her forskriften § 4a, jf. § 24 – må være tilgjengelig for allmennheten og så klar at det i de fleste tilfeller ikke vil være tvil om at en handling rammes av regelen og kan straffes.
- (126) Anførselen er for det første presisert dithen at overtredelse av forskriften § 4a ikke er tilstrekkelig *straffverdig*, men dette faller på siden av lovkravet i Grunnloven § 96 eller EMK artikkel 7 og kan ikke føre frem.

- (127) Forsvareren har også anført at det er gjort bruk av et såkalt «blankettstraffebud» i smittevernloven § 8-1, som rammer ethvert brudd på ikke bare loven, men også forskrifter gitt i medhold av den. Dette taler for at det må stilles strenge krav til klarhet ved tolkningen av forskriften § 24. Med et slikt utgangspunkt går det ikke klart nok frem hvilke deler av forskriften som straffetrusselen i § 24 knytter seg til, anføres det.
- (128) Jeg kan heller ikke på dette punktet slutte meg til argumentasjonen. Paragraf 24 innskrenker den strengere straffebestemmelsen i smittevernloven § 8-1, og § 24 er nyansert og presist utformet ved at det skilles mellom ulike bestemmelser i forskriften. Bestemmelser der overtredelse kun kan straffes med bot, eller ikke i det hele tatt, er særskilt nevnt i andre og tredje punktum. Det går klart frem at brudd på påbudet i § 4a omfattes av hovedregelen i § 24 første punktum og derfor kan straffes.

Konklusjon

- (129) På denne bakgrunnen har jeg kommet til at verken grenseforordningen eller EØS-regler medfører at covid-19-forskriften § 4a er ugyldig. Kravet i Grunnloven § 96 og EMK artikkel 7 er oppfylt. Anken må derfor forkastes.
- (130) Jeg stemmer for denne

D O M :

Anken forkastes.

- (131) Dommer **Falkanger:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (132) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (133) Dommer **Hellerslia:** Likeså.
- (134) Dommer **Matheson:** Likeså.
- (135) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

Anken forkastes.