



BORGARTING LAGMANNSRETT

DOM OG KJENNELSE

Avsagt: 07.06.2021

Saksnr.: 21-041600ASD-BORG/01
21-043037ASK-BORG/01

Dommere:

Lagdommer	Michael Reiertsen
Lagmann	Christian Lund
Lagdommer	Fanny Platou Amble

Ankende part	Staten v/ helse- og omsorgsdepartementet	Advokat Ida Thue Advokat Marius Stub
Ankemoøpart	Einar Rudaa	Advokat Lars Marius Holm Advokat Lina Kliukaite Smorr
Ankemoøpart	Halvor Stormoen	Advokat Lars Marius Holm Advokat Lina Kliukaite Smorr
Ankemoøpart	Hege Furuseth	Advokat Lars Marius Holm Advokat Lina Kliukaite Smorr
Ankemoøpart	Bjarte Helgesen	Advokat Lars Marius Holm Advokat Lina Kliukaite Smorr
Ankemoøpart	Jan-Åke Örjan Westergren	Advokat Lars Marius Holm Advokat Lina Kliukaite Smorr

Ankemoþpart

Kurt Patrik Knutsson

Advokat Lars Marius
Holm
Advokat Lina Kliukaite
Smorr

Saken gjelder gyldigheten av vilkår for unntak fra karanteneplikt etter covid-19-forskriften for hytteeiere som har besøkt sine hytter i Sverige. Subsidiært er det spørsmål om vilkårene kan gjøres gjeldende overfor hytteeierne som er parter i saken her og om det kan gis fastsettelsesdom for brudd på den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8 (rett til hjem og privatliv), EMK artikkel 14 (forbud mot diskriminering), EMK tilleggsprotokoll 4 artikkel 2 (bevegelsesfrihet) og EMK tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 (vern om eiendom).

Sakens bakgrunn

I mars 2020 iverksatte regjeringen omfattende tiltak for å begrense utbredelsen av Covid-19 i Norge. Forskrift 27. mars 2020 nr. 47 om smitteverntiltak mv. ved koronautbruddet (covid-19-forskriften) trådte i kraft 27. mars 2020, blant annet med hjemmel i smittevernloven § 4-3, jf. § 1-5, som slår fast at smitteverntiltak «skal være basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse, være nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå som tjenlig etter en helhetsvurdering». Forskriften samlet og supplerte bestemmelser som hadde vært i kraft siden 13. mars 2020.

Covid-19-forskriften inneholder blant annet bestemmelser om isolasjon ved smitte, karantene ved nærkontakt med smittede (smittekarantene) og karantene ved innreise fra land med stor smitte (innreisekarantene). Forskriften har blitt endret en rekke ganger siden den ble vedtatt. Hovedregelen om innreisekarantene, jf. forskriften § 4 første ledd bokstav a, ble først gitt i forskrift 13. mars 2020 nr. 287. Ved vedtakelsen av covid-19-forskriften 27. mars 2020 ble karantenetiden redusert fra 14 til 10 dager. Ved endringsforskrift 28. desember 2020 nr. 2978 ble § 4c om testing i karantene tilføyd. Det kan ved hurtigtest og negativt testresultat føre til at karantenetiden blir redusert til syv dager.

Forskriften §§ 6a–6l fastsetter unntak fra reglene om innreisekarantene. Bestemmelsene gir blant annet karantenefritak for personer med samfunnskritiske funksjoner, personer som skal gjennomføre samvær med barn, personer som bare har reist gjennom et land med høy smitte, arbeidsinnvandrere som gjennomfører et testregime på arbeidsplassen de skal til, og yrkessjåfører.

Det omtvistede unntaket i saken fremgår av § 6a første ledd bokstav b:

Følgende personer er unntatt innreisekarantene i både arbeidstiden og fritiden:

[...]

- b. de som ankommer Norge etter å ha utført strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader på fast eiendom, båt, campingvogn og lignende i områder i Sverige eller Finland med karanteneplikt etter vedlegg

A, uten å bruke offentlig transport, uten å overnatte der og uten å ha nærkontakt med andre enn dem de bor sammen med

Ankempartene (hytteeierne) eier alle hytter i Sverige. De tok 4. desember 2020 ut søksmål mot staten ved Helse- og omsorgsdepartementet for Oslo tingrett. Hytteeierne anførte prinsipalt at vilkårene om «strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader» og «uten å overnatte der», var ugyldige. Hytteeierne krevde også midlertidig forføyning for at vilkårene ikke kunne gjøres gjeldende overfor dem frem til det forelå rettskraftig dom i hovedsaken. Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet tok til motmæle og påstod seg frifunnet.

Oslo tingrett avsa 5. februar 2021 dom og kjennelse med slike slutninger:

I hovedsaken:

1. Forskrift om smitteverntiltak ved koronautbruddet av 27. mars 2020 (Covid-19-forskriften) § 4 bokstav a jf. § 6a bokstav b er ugyldig for så vidt gjelder vilkåret om at den som ankommer ikke skal ha overnattet på eiendommen og vilkåret om at formålet med reisen skal være «strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader».
2. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet betaler saksøkerne kroner 650 000 i sakskostnader og kroner 9 592 for rettsgebyr innen to uker etter at dommen er forkynt.

I forføyningssaken:

1. Begjæringen om midlertidig forføyning tas ikke til følge.
2. Sakskostnader tilkjennes ikke.

Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet har anket dommen til Borgarting lagmannsrett. Hytteeierne har tatt til motmæle og anfører at anken må forkastes. De har i tillegg fremmet nye subsidiære krav om at de omtvistede delene av forskriften ikke kan gjøres gjeldende overfor dem og at det gis fastsettelsesdom for brudd på EMK artikkel 8, EMK artikkel 14, EMK P4 artikkel 2 og EMK P1 artikkel 1.

Hytteeierne har anket kjennelsen. Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet har tatt til motmæle.

Den 16. mars 2021 ble det gjort en innskjerpelse i covid-19-forskriften § 5 første ledd bokstav a som medfører at hytteeiere som må være i innreisekarantene etter å ha besøkt hytter i Sverige, som hovedregel må «oppholde seg på karantehotell på første ankomststed i riket i karantenetiden». Frem til da kunne hytteeierne, og også andre som måtte i innreisekarantene, gjennomføre karantenen i egen bolig i Norge.

Ankeforhandling ble holdt 10.–12. mai 2021 i Borgarting lagmannsretts hus.

Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet har i korte trekk anført:

Tingrettens dom er uriktig.

Reglene om innreisekarantene ligger innenfor rammene av smittevernloven, Grunnloven, EMK og EØS-avtalen. Hytteeierne har ikke krav på unntak fra hovedregelen. Det er ikke påvist saksbehandlingsfeil eller materielle kompetansemangler som kan gjøre de omtvistede delene av forskriften ugyldig.

Det subsidiære kravet om at de omtvistede delene av forskriften var ugyldig 17. mars 2020 eller på andre fortidige tidspunkter, må avvises. Hytteeierne har ikke noe reelt behov for å få dom for at forskriften var ugyldig på disse tidspunktene, jf. tvisteloven § 1-3.

Kravene om dom for krenkelse av EMK må også avvises. Hytteeierne har ikke et reelt behov for å få egen dom for eventuelle konvensjonsbrudd, jf. tvisteloven § 1-3. Hytteeierne får prøvd forholdet til EMK gjennom behandlingen av de øvrige kravene i saken. Det subsidiære kravet om dom for at karantene-reglene ikke kan gjøres gjeldende overfor ankemotpartene, må fremmes til realitetsbehandling selv om kravet om ugyldighet avvises.

Ved prøvingen av forskriftens gyldighet må domstolene bygge på det faktum som forelå på vedtakstidspunktet, sml. Rt-2012-1985, Rt-2012-2039 og Rt-2015-1388, som gjelder enkeltvedtak. Det samme må gjelde forskrifter. De samme hensyn som taler mot at det er adgang til å avsi fastsettelsesdom i saker om enkeltvedtak, gjør seg også gjeldende, jf. Rt-2001-995 og Rt-2009-170. At forvaltningen kan ha plikt til å endre forskrifter, endrer ikke på dette, sml. Rt-2012-1985 avsnitt 88. Høyesteretts avgjørelser i Rt-1961-554, Rt-1962-805, Rt-1970-833 og Rt-1992-1511 taler for at domstolene må bygge på faktum på vedtakstidspunktet. Hensynet til ankemotpartene kan ikke begrunne en nåtidsvurdering. Ankemotpartenes behov varetas gjennom kravet om dom for at forskriften ikke kan gjøres gjeldende overfor dem. Det er dessuten gitt regler om en nåtidsvurdering i saker om tvang i smittevernloven § 5-9, men ikke i smittevernloven kapittel 4.

I saken her er det særlig tre aktuelle vedtakstidspunkter:

- 17. mars 2020 (karanteneplikten vedtatt),
- 3. april 2020 (unntaket for strengt nødvendig vedlikehold vedtatt), og
- 16. mars 2021 (karanteneplikten må som hovedregel gjennomføres på karantenehotell).

Gyldigheten av de ulike forskriftsendringene må vurderes hver for seg. Rekkevidden av karanteneplikten (hvem den inntreffer for) må for eksempel vurderes ut fra den faktiske

situasjonen 3. april 2020, mens innholdet av karanteneplikten må vurderes ut fra den faktiske situasjonen 16. mars 2021.

Forskriften ligger innenfor rammen av smittevernloven § 4-3. Ved prøvingen av smittevernloven § 1-5, må hvert enkelt vilkår vurderes individuelt. Retten har full prøvingsrett av om det forelå en «klar medisinskfaglig begrunnelse» og av om smitteverntiltaket var «nødvendig av hensyn til smittevernet». Retten bør likevel utvise en viss tilbakeholdenhet. Ved prøvingen av om tiltaket fremstod som «tjenlig etter en helhetsvurdering», har retten begrenset prøvingskompetanse. Loven gir anvisning på en bred, skjønnsmessig helhetsvurdering av utpreget politisk karakter.

De omtvistede tiltakene har en klar medisinskfaglig begrunnelse og har vært og er nødvendige av hensyn til smittevernet. Innreisekarantene er et anerkjent tiltak for å motvirke importsmitte. Tiltaket motvirker at covid-19-smitte, herunder nye varianter, importeres. Tiltaket fremstår som klart tjenlig etter en helhetsvurdering. Det er ikke mulig å gi unntak for enkelte grupper uten å øke risikoen for smitte. Det er nødvendig med så få unntak som mulig. Tillitsbaserte ordninger er ikke tilstrekkelige.

En tolkning av hjemmelsgrunnlaget i samsvar med Grunnloven, EMK eller EØS-retten kan ikke føre til et annet resultat.

Det foreligger ikke saksbehandlingsfeil som kan gjøre de omtvistede delene av forskriften ugyldig.

Kravet i forvaltningsloven § 37 første ledd om at saken skal være «så godt opplyst som mulig» kan ikke tas på ordet, sml. HR-2017-2376-A som gjelder forvaltningsloven § 17 og enkeltvedtak. Saken er uansett tilstrekkelig opplyst. Det er vanskelig å se for seg at en forskrift kan bli ugyldig som følge av at saken ikke er tilstrekkelig opplyst, jf. for eksempel Eckhoff/Smith, Forvaltningsrett, 11. utgave (2018) side 329. Kravene til saksbehandlingen må dessuten avpasses til at det pågår en pandemi hvor liv og helse står på spill, hvor situasjonen er i stadig endring og hvor vidtrekkende beslutninger ofte må treffes raskt og på et usikkert grunnlag, sml. Rt-2002-1298 på side 1306. Det er ikke grunnlag for å oppstille særlige krav til begrunnelse av forskrifter, hverken etter smittevernloven, alminnelig norsk forvaltningsrett, EØS-retten, Grunnloven eller EMK. Det er uansett gitt tilstrekkelig begrunnelse for reglene om innreisekarantene og hvorfor det ikke kan gis mer vidtrekkende unntak for hytteeierne. Eventuelle feil har ikke virket inn på forskriftens innhold, jf. forvaltningsloven § 41.

Ankemotpartene kan heller ikke gis medhold i sine subsidiære påstander.

Ankemotpartenes rettigheter etter Grunnloven eller EMK er ikke krenket.

For alle bestemmelsene har det betydning at det er tale om generelle regler som gjelder for alle som reiser fra land med karanteneplikt, sml. for eksempel *Vavříčka m.fl. v. Tsjekkia*, storkammer 8. april 2021 (nr. 47621/13 og fem flere) avsnitt 106 flg. og *Animal Defenders International v. UK*, storkammer 22. april 2013 (nr. 48876/08) avsnitt 106, 108 og 109–111. Ingen av bestemmelsene oppstiller selvstendige krav til saksbehandlingen, men saksbehandlingen kan få betydning i forholdsmessighetsvurderingen.

Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 er ikke krenket. Det foreligger ikke inngrep i ankemotpartenes «hjem» eller «familieliv».

Hyttene kan anses som hjem, men er i randsonen av hva som dekkes. Innreisekarantene utgjør imidlertid ikke «inngrep». Minstekravene til intensitet og byrde er ikke oppfylt. Karanteneplikten retter seg mot alle. Den har ingen forbindelse med bruken av fritidseiendommer. Hytteeierne kan bruke eiendommene som før, selv om det normalt vil lede til karanteneplikt. Karanteneplikten er dessuten kortvarig. Det er hytteeiernes eget valg å reise til hytten.

Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 gir ikke rett til å utøve familielivet på bestemte steder, men reglene om karantenehotell kan utgjøre et inngrep i familielivet.

Eventuelle inngrep i retten til hjem og familieliv er uansett rettferdiggjort. Inngrepene har hjemmel i smittevernloven § 4-3 og tjener legitime formål, særlig beskyttelse av liv, helse og den økonomiske situasjonen til staten og befolkningen. Eventuelle inngrep er klart forholdsmessige. Staten må ha vid skjønnsmargin for å vareta de legitime formålene. Under en global pandemi, hvor beslutningene må treffes raskt og på et usikkert grunnlag, må skjønnsmarginen være enda videre. Mindre inngripende regler, herunder tillitsbaserte ordninger, er ikke tilstrekkelige. Ulempene for hytteeierne kan ikke slå gjennom overfor de samlede fordelene med å begrense importsmitte. Dersom karantene-reglene uthules, må det strammes inn på innenlandske smitteverntiltak.

EMK P1 artikkel 1 er ikke krenket. Reglene om innreisekarantene utgjør ikke inngrep i hytteeiernes eiendomsrett. Reglene griper ikke direkte inn i eiendomsretten. Tiltaket oppfyller ikke minstekravene til intensitet og byrde. Hytteeierne kan reise til og fra eiendommene som før, selv om det normalt vil lede til karanteneplikt. Det er unntak fra karanteneplikten for å «utføre strengt nødvendig vedlikehold». Nødvendig tilsyn kan dessuten utføres ved å inngå avtaler med folk på stedet. Karantene-reglene ligger uansett innenfor rammene av statens inngrepsadgang. Det er den såkalte prinsippregelen som eventuelt kommer til anvendelse. Karantene-reglene har klar hjemmel i nasjonal rett og tjener legitime formål. Reglene er forholdsmessige.

Grunnloven § 106 og EMK P4 artikkel 2 er ikke krenket. Det foreligger ikke noe inngrep i bevegelsesfriheten. Hytteeierne kan bevege seg fritt selv om de er i karantene. Det utgjør

ikke noe inngrep at de må unngå nærkontakt med andre. Reglene om karantenehotell kan imidlertid utgjøre et inngrep. Eventuelle inngrep er uansett rettfærdiggjort. Reglene har hjemmel i nasjonal rett og varetar legitime formål. Reglene er forholdsmessige.

Vernet mot diskriminering i Grunnloven § 98 andre ledd og EMK artikkel 14 er ikke krenket. Det foreligger ikke forskjellsbehandling. Å reise hjem fra en hytte i Norge er ikke sammenlignbart med å reise hjem fra en hytte som ligger i et land med karanteneplikt. En eventuell forskjellsbehandling er uansett ikke usaklig eller uforholdsmessig. Hensynet til å unngå importsmitte gir grunn til å behandle reiser i Norge annerledes.

De omtvistede karantene-reglene er i samsvar med EØS-retten. Tiltaket må vurderes etter reglene om fri bevegelse av personer, jf. for eksempel rådsanbefaling (EU) 2020/1475 avsnitt 2 og 9 og Prop. 62 L (2020–2021) punkt 4.2. Reglene griper ikke inn i unionsborgerdirektivet (direktiv 2004/38) artikkel 5. Reglene griper inn i direktivet artikkel 6, jf. også artikkel 22, men artikkel 6 kan ikke påberopes mot hjemstaten, jf. C-456/12 (O og B) avsnitt 36–44.

Eventuelle virkninger på andre friheter er en uunngåelig følge av restriksjonen på fri bevegelse av personer, jf. C-197/11 og 203/11 *Libert* avsnitt 62–63. Tiltaket skal derfor kun vurderes etter reglene om fri bevegelse for personer. Virkningene på andre friheter er uansett så usikre og indirekte at karanteneplikten ikke kan anses som en restriksjon i relasjon til disse.

Tiltaket er under enhver omstendighet rettfærdiggjort av hensyn til folkehelsen, jf. særlig E-16/10 *Philip Morris* avsnitt 77–83. Staten kan gi generelle og enkle regler som er lette å forstå og enkle å håndheve og kontrollere.

EØS-avtalen artikkel 4 er bare aktuell dersom ingen av de spesielle reglene om ikke-diskriminering kommer til anvendelse. Reglene om fri bevegelse av personer kommer til anvendelse. Bestemmelsen er derfor ikke anvendelig.

Anken over kravet om midlertidig forføyning må forkastes. Hverken hovedkrav eller sikringsgrunn er sannsynliggjort.

Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet har lagt ned følgende påstand:

I hovedsaken:

1. Ankemotpartenes prinsipale krav avvises fra domstolene så langt kravet bygger på den faktiske situasjonen i 2020.
2. Ankemotpartenes subsidiære krav om dom for brudd på EMK avvises fra domstolene.
3. For øvrig frifinnes staten v/Helse- og omsorgsdepartementet.

4. I alle tilfelle: Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

I forføyningssaken:

1. Anken forkastes.
2. Staten v/Helse- og omsorgsdepartementet tilkjennes sakskostnader for tingretten og lagmannsretten.

Einar Rudaa, Halvor Stormoen, Hege Furuseth, Bjarte Helgesen, Jan-Åke Örjan Westergren og Kurt Patrik Knutsson, har i korte trekk anført:

Tingrettens dom er riktig.

De omtvistede delene av forskriften er ugyldige.

For at staten skal kunne gjøre inngrep i hytteeierne grunnleggende rettigheter, gjelder strenge materielle og prosessuelle krav som staten ikke har etterlevd. Brudd på kravene fører til ugyldighet.

Karanteneplikten går lengre enn hjemmelsgrunnlaget i smittevernloven åpner for.

Smittevernloven § 1-5 må tolkes i samsvar med kravene til begrunnelse, nødvendighet og forholdsmessighet som følger av Grunnloven, EMK, EØS-retten, forvaltningsloven og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

Domstolene må sørge for at norsk rett er i overenstemmelse med Grunnloven §§ 102 og 106, EMK artikkelene 8 og 14, EMK P4 artikkel 2, EMK P 1 artikkel 1 og EØS-rettens regler om fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer.

Domstolene har full prøvingskompetanse av om vilkårene i smittevernloven § 1-5 er oppfylt, jf. for eksempel Prop. 91 L (2018–2019) punkt 4.2 og 4.4. Domstolene kan prøve subsumsjonen av regler som gjør inngrep overfor den enkelte, jf. Rt-1995-1427. Generelle smittevernbetraktninger er ikke tilstrekkelig når det gjøres inngrep i sentrale menneskerettigheter, jf. for eksempel Eirik Holmøyvik, Utgreiing av statsrettslege spørsmål i samband med styresmaktens handtering av Covid-19, inntatt som vedlegg 5 til NOU 2021: 6 Myndighetenes handtering av koronapandemien — Rapport fra Koronakommisjonen, side 68 og Prop. 62 L (2020–2021) punkt 5.5.3. Forholdsmessighetsvurderingen er et rettsanvendelsesskjønn som domstolene må prøve fullt ut, jf. for eksempel Rt-1998-1795.

Det må gjøres videre unntak for hytteeierne. Karanteneplikt for hytteeierne oppfyller ikke krav til klar og skriftlig smittevernfaglig begrunnelse. Plikten går lengre enn nødvendig og

etterlever ikke minste inngreps prinsipp. Staten har ikke foretatt noen forholdsmessighetsvurdering. Staten anfører kun at det ikke er nødvendig å vurdere hytteeiernes situasjon særskilt.

Kravene om bruk av egen transport og forbud mot nærkontakt er ikke omstridte, jf. covid-19-forskriften § 6a første ledd bokstav b. Reise til, og opphold på hyttene, med overnatting, representerer da ingen økt smitterisiko, men bidrar til lavere smitterisiko. Opphold på egen fritidseiendom kan likestilles med karantene hjemme. Karantene ved innreise er unødvendig, uegnet og uforholdsmessig. Smitterisikoen i lavt befolkede grensekommuner er lavere enn i hytteeiernes bostedskommuner i Norge.

Forskriften lider av saksbehandlingsfeil. Krav til saksbehandlingen følger av Grunnloven, EMK, forvaltningsloven § 37 og alminnelige forvaltningsrettslige prinsipper.

Forskriften er ikke sendt på høring. Høringsplikten er særlig sterk når det gjøres inngrep i grunnleggende rettigheter. Hytteeierne er heller ikke på annet vis blitt tilstrekkelig involvert i saksbehandlingen. Inngrepene er ikke tilstrekkelig utredet. Staten har plikt til å identifisere og vurdere hytteeiernes grunnleggende interesser og rettigheter. Det er ikke utført en forholdsmessighetsvurdering som oppfyller minstekrav til kvalitet. De aktuelle inngrepenes styrke og varighet, i kombinasjon med lav smitterisiko, tilsier at hytteeierne må vurderes særskilt og ikke sammen med enhver som passerer grensen. Grunnleggende krav til likebehandling er ikke oppfylt. Hytteeierne har i realiteten hatt et *de facto* forbud mot å bruke hyttene i 14 måneder. Det skjerper kravene til de vurderinger som må foretas.

Karanteneplikten er ikke vurdert siden 26. oktober 2020. Ingen fagmyndigheter har hatt i oppgave å vurdere inngrepene fortløpende. Hypotesen om manglende etterlevelse er ikke begrunnet og er i strid med de data som foreligger. Hytteeierne skaper ingen risiko for importsmitte. Hvilken risiko hytteeierne eventuelt skaper, er uansett ikke vurdert konkret. Det foreligger ingen vurdering av hvilken betydning utvidelsen av karantenehotellordningen, som trådte i kraft 19. mars 2021, har for hytteeierne. I alle fall ved inngripende tiltak, som i saken her, må det foreligge en skriftlig og etterprøvbart begrunnelse, også ved forskrifter. Forvaltningsloven §§ 24 og 25 må anvendes analogisk.

Omfanget og intensiteten av feilene tilsier at det er grunn til å regne med at feilene kan ha hatt betydning for forskriftens innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Ugyldighet er riktig domsslutning når staten ikke har oppfylt grunnleggende minstestandarder ved inngripende tiltak. Det er også nødvendig for å sikre effektiv kontroll med forvaltningen.

Gyldighetsprøvingen må skje ut fra en nåtidsvurdering av faktum.

Om det skal foretas en nåtidsvurdering eller ikke, beror på en tolkning av det aktuelle hjemmelsgrunnlaget. Det er ikke relevant å sammenligne med enkeltvedtak.

Etter smittevernloven har staten plikt til å foreta løpende vurderinger. Tiltak som ikke er nødvendige eller forholdsmessige, må lempes eller fjernes, jf. Prop. 130 L (2019–2020) punkt 4.2.2. Det er ikke mulig å prøve om denne plikten er oppfylt uten en nåtidsvurdering. Rettsavgjørelsene som staten har vist til, gir ikke veiledning i saken her.

Subsidiært må prøvingen skje per *ultimo* oktober 2020. Fagmyndighetene vurderte da at opphold på egen fritidseiendom ikke representerte smitterisiko ved bruk av egen transport og forbud mot nærkontakt. Atter subsidiært var karanteneplikten ugyldig da den opprinnelig ble vedtatt.

Hytteeierne har rettslig interesse i å få en fortidig vurdering av gyldigheten, jf. tvisteloven § 1-3. Det vil tvinge forvaltningen til å vurdere på nytt. Det motsatte resultatet fører til at hytteeiere ikke har effektive rettsmidler for å få prøvd gyldigheten.

De med hytter i Sverige er en ensartet gruppe som reguleres av forskriften. Det er ingen grunn til å begrense rekkevidden av prøvingen til hytteeierne som er parter i saken her. Men dersom det eventuelt ikke kan gis dom for at de omstridte delene av forskriften er ugyldig, må det gis dom for at de aktuelle bestemmelsene i EMK er krenket overfor hytteeierne som er parter i saken her og for at vilkårene i forskriften ikke kan gjøres gjeldende overfor dem. Domstolene må sørge for at rettsbruddet opphører og at situasjonen blir avhjulpet, jf. EMK artikkel 13.

Ved prøvingen er det ingen grunn for nasjonale domstoler til å være tilbakeholdne. Nasjonale domstoler må sikre at staten overholder forpliktelsene etter EMK og Grunnloven.

Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 tilsier at de omtvistede delene av forskriften er ugyldig og at hytteeiernes rett til respekt for hjem og familieliv er krenket.

Hyttene utgjør et hjem for hytteeierne. Karantenereglene utgjør inngrep i retten til hjem. Også indirekte inngrep er omfattet, jf. for eksempel *López Ostra v. Spania*, 9. desember 1994 (nr. 16798/90) avsnitt 51 og 56–58. Karanteneplikten utgjør et *de facto* bruksforbud av eget hjem. Det er meget inngripende. At karanteneplikten må gjennomføres på karantenehotell, forsterker inngrepet. Det samme gjør tidsrommet karanteneplikten har vart.

Grunnloven § 106 og EMK P4 artikkel 2 tilsier at de omtvistede delene av forskriften er ugyldig og at hytteeiernes rett til bevegelsesfrihet er krenket.

Karanteneplikten utgjør inngrep i retten til fri bevegelse, sml. for eksempel *Milen Kostov v. Bulgaria*, 3. september 2013 (nr. 40026/07), *Riener v. Bulgaria*, 23 mai 2006 (nr.

46343/99) og *Enhorn v. Sverige*, 25. januar 2005 (nr. 56529/00). Plikten til å oppholde seg på karantenehotell er særlig inngripende og grenser mot frihetsberøvelse.

EMK P1 artikkel 1 tilsier at de omtvistede delene av forskriften er ugyldig og at hytteeiernes rett til vern om eiendom er krenket.

Indirekte inngrep er omfattet, jf. for eksempel *Sporrong og Lönnroth v. Sverige*, plenardom 23. september 1982 (nr. 7151/75 og 7152/75). Karanteneplikten forhindrer alminnelig bruk av eiendommene og vanskeliggjør vedlikehold og tilsyn.

Grunnloven § 98 og EMK artikkel 14 tilsier at de omtvistede delene av forskriften er ugyldig og at hytteeiernes rett til likebehandling og ikke-diskriminering er krenket.

Personer med hytte i Sverige er sammenlignbare med personer med hytte i Norge. Forskjellsbehandlingen er ikke saklig, begrunnet eller forholdsmessig.

Ingen av inngrepene er forholdsmessige.

Det er tale om svært alvorlige og langvarige inngrep. Hytteeierne er *de facto* påført forbud mot å bruke hyttene. Vilkårene om å kjøre egen bil og ikke ha nærkontakt med andre er tilstrekkelige for å vareta smittevernet. Det er ingen holdepunkter for at hytteeierne vil bryte vilkårene. Smitterisikoen ved at enkelte eventuelt skulle bryte vilkåret om nærkontakt, er uansett ikke vurdert nærmere. Risikoen er svært liten. Kun en svært liten andel av hytteeierne vil eventuelt bryte reglene. Hyttene ligger dessuten i områder med lav befolkningstetthet. Det er mindre risiko for at hytteeierne møter andre her enn hjemme i Norge. Forbudet mot overnatting går betydelig lengre enn nødvendig.

Staten har ikke foretatt det minimum som kreves av en forholdsmessighetsvurdering. Det må differensieres mellom eiere av fritidseiendommer og andre reisende, og inngrepene og smitterisikoen må vurderes konkret i forhold til denne gruppen. Det må også vurderes konkret om mindre inngripende tiltak er tilstrekkelige og om prinsippet om likebehandling varetas.

Staten har bevisst valgt ikke å oppfylle disse minstekravene, selv etter tingrettens dom. Manglende høring, utredning, begrunnelse og behov for offentlighet rundt avveininger har ikke på noe tidspunkt blitt reparert.

EØS-avtalens regler om fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer tilsier at de omtvistede delene av forskriften er ugyldige og at hytteeiernes grunnleggende friheter er overtrådt.

Karanteneplikten må vurderes i relasjon til alle frihetene. Det ene utelukker ikke det andre, men det mest naturlige er å forankre inngrepet i reglene om fri flyt av tjenester. EØS-avtalen kan gi viktige nyanser til forholdsmessighetsvurderingen som må foretas etter smittevernloven § 1-5.

Hytteeierne må gis medhold i kravet om midlertidig forføyning. Hovedkravet er sannsynliggjort. Det foreligger sikringsgrunn etter tvisteloven § 34-1 første ledd bokstav a. Uten midlertidig sikring vil hytteeierne bli utsatt for vedvarende skade og ulempe som ikke kan avhjelpes med erstatning alene.

Einar Rudaa, Halvor Stormoen, Hege Furuseth, Bjarte Helgesen, Jan-Åke Ørjan Westergren og Kurt Patrik Knutsson har lagt ned følgende påstand:

I hovedsaken:

Prinsipalt:

Anken forkastes.

Subsidiært:

1. Vilkårene i covid-19-forskriften § 4 første ledd bokstav a jf. § 6a bokstav b, så langt de pålegger Bjarte Helgesen, Hege Furuseth, Ørjan Westergren, Kurt Patrik Knutsson, Einar Rudaa og Halvor Stormoen karanteneplikt ved overnatting på fritidseiendom i Sverige og karanteneplikt bare er unntatt dersom formålet med reisen er strengt nødvendig tilsyn og vedlikehold for å avverge store materielle skader på fast eiendom, er i strid med EMK art. 8, EMK P4 art. 2, EMK P1 art. 1 og/eller EMK art. 14.
2. Karanteneplikten i covid-19-forskriften § 4 første ledd bokstav a jf. § 6a bokstav b kan ikke gjøres gjeldende overfor Bjarte Helgesen, Hege Furuseth, Ørjan Westergren, Kurt Patrik Knutsson, Einar Rudaa og Halvor Stormoen så langt den (1) utløses av overnatting på egen fritidseiendom i Sverige, og så langt den (2) pålegger karantene ved reiser med annet formål enn strengt nødvendig tilsyn og vedlikehold for å avverge store materielle skader på fast eiendom.

I begge tilfeller:

Bjarte Helgesen, Hege Furuseth, Ørjan Westergren, Kurt Patrik Knutsson, Einar Rudaa og Halvor Stormoen tilkjennes sakens omkostninger for begge instanser.

I saken om midlertidig forføyning:

1. Fram til det foreligger rettskraftig avgjørelse av hovedkravet, kan Covid-19-forskriften av 27.03.2020 § 4 bokstav a jf. § 6a bokstav b for så vidt den pålegger karanteneplikt ved overnatting på privat eiendom i Sverige og så langt unntaket fra karanteneplikten er begrenset til at formålet med reisen er «strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader», ikke gjøres gjeldende overfor Bjarte Helgesen, Hege Furuseth, Ørjan Westergren, Kurt Patrik Knutsson, Einar Rudaa og Halvor Stormoen.

2. Bjarte Helgesen, Hege Furuseth, Ørjan Westergren, Kurt Patrik Knutsson, Einar Rudaa og Halvor Stormoen tilkjennes sakens omkostninger for begge instanser.

Lagmannsrettens bemerkninger

1. Innledning og oppsummering

Lagmannsretten har kommet til at staten ved Helse- og omsorgsdepartementet skal frifinnes i hovedsaken og at anken i saken om midlertidig forføyning skal forkastes.

De omstridte delene av forskriften er gyldige.

De omstridte tiltakene ligger innenfor hjemmelsgrunnlaget i smittevernloven § 4-3, jf. § 1- 5, også lest i lys av de krav som stilles etter Grunnloven, EMK og EØS-retten.

Hverken Grunnloven, EMK eller EØS-retten stiller, for de spørsmålene som er aktuelle i saken her, uttrykkelige og selvstendige krav til utredning, høring og/eller begrunnelse av forskrifter. Men saksbehandlingen kan få betydning i forholdsmessighetsvurderingene som må foretas etter Grunnloven og EMK og de grunnleggende frihetene i EØS-retten.

Forvaltningsloven § 37 stiller enkelte uttrykkelige og selvstendige krav til saksbehandlingen. Visse minstekrav til saksbehandlingen må også oppstilles i lys av grunnleggende hensyn som både Grunnloven, EMK, EØS-retten og alminnelig norsk forvaltningsrett hviler på. Disse kravene er oppfylt i saken her.

Hytteeierne kan heller ikke gis medhold i de subsidiære påstandene.

Tiltakene krenker ikke, og har ikke krenket, hytteeiernes rettigheter etter Grunnloven §§ 102, 106 eller 98 andre ledd, EMK artikkel 8 eller 14, EMK P4 artikkel 2, EMK P1 artikkel 1 eller EØS-rettens regler om fri bevegelse av varer, tjenester, kapital og personer.

2. Lagmannsrettens tilnærming til de spørsmål saken reiser

Tingrettens dom synes å forutsette at de omtvistede delene av forskriften må kjennes ugyldig dersom det foreligger individuelle krenkelser av menneskerettighetene. Men hverken EMK eller Grunnloven krever at en regel gitt i lov eller forskrift må kjennes ugyldig som en konsekvens av at individuelle menneskerettigheter er krenket.

EMK artikkel 13, og muligens også Grunnloven § 92, jf. for eksempel Rt-2014-1105 avsnitt 61, krever riktignok at individuelle menneskerettskrenkelser må repareres. Statene har imidlertid stor skjønnsmargin med tanke på hvordan menneskerettsbrudd skal

repareres. I Norge må denne skjønnsmarginen som utgangspunkt tilligge lovgiverne – ikke domstolene. Skjønnsmarginen må være særlig stor ved spørsmålet om generelle regler skal kjennes ugyldige.

EMK artikkel 13 krever heller ikke at private parter gis adgang til å utfordre gyldigheten av primær lovgivning som sådan for nasjonale domstoler, jf. for eksempel *James m.fl. v. UK*, plenardom 21. februar 1986 (nr. 8793/79) avsnitt 85 og *Nada v. Sveits*, storkammer 12. september 2012 (nr. 10593/08) avsnitt 208. Dette kan stille seg annerledes ved sekundær lovgivning, herunder forskrifter, jf. for eksempel Harris, O'Boyle m.fl., *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. utgave (2018) side 746 med videre henvisninger. Men dersom et menneskerettsbrudd kan repareres på tilstrekkelig vis på flere måter, står staten uansett fritt til å velge mellom de ulike alternativene, herunder om krenkelsen skal repareres på annet vis enn å kjenne en forskrift ugyldig.

Retten til reparasjon ved menneskerettsbrudd, slik den fremkommer i blant annet EMK artikkel 13, er videre en individuell og personlig rett. Det kreves som utgangspunkt ikke systemisk reparasjon i den forstand at en generell regel må kjennes ugyldig med virkning for alle andre. Men i den grad ugyldighet er den eneste måten å få reparert den individuelle krenkelsen, må det legges til grunn at EMK artikkel 13 krever at domstolene kan kjenne forskriften ugyldig. I saken her kan imidlertid eventuelle krenkelser av menneskerettighetene til hytteeierne som er parter i saken, repareres gjennom de subsidiære kravene og påstandene, eventuelt også ved at det gis etterfølgende dom for erstatning. Andre hytteeiere kan ta ut selvstendige søksmål med lignende påstander.

Heller ikke alminnelig norsk forvaltningsrett eller sivilprosess krever at det, som en konsekvens av individuelle menneskerettskrenkelser, gis dom for ugyldighet av en forskrift. Tvert imot er det i norsk forvaltningsrett et grunnleggende prinsipp og utgangspunkt at ugyldigheten ikke rekker lenger enn ugyldighetsgrunnen tilsier. I saken her er det blant annet anført at hytteeiernes rett til hjem og familieliv i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 er krenket. Som lagmannsretten kommer tilbake til nedenfor, anser lagmannsretten at reglene om innreisekarantene utgjør inngrep i retten til hjem og familieliv til hytteeierne som er parter i saken her. Men det betyr ikke at det nødvendigvis foreligger inngrep i retten til hjem og familieliv til alle andre som har hytte i Sverige. Beboere i Norge eier omkring 12 400 hytter i Sverige. Det må antas at mange benytter hyttene på en slik måte at de er å anse som et «hjem» etter både Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8, men også at mange ikke benytter hyttene på en slik måte.

I de forholdsmessighetsvurderinger som må foretas ved vurderingene av om eventuelle inngrep i menneskerettighetene er rettfærdiggjort, vil videre inngrepenes alvor og tyngde, for det enkelte individ, være av betydning. Også dette kan stille seg ulikt for ulike hytteeiere. Selv om det eventuelt foreligger krenkelser av menneskerettighetene til hytteeierne som er parter i saken her, betyr ikke det at dette vil gjelde alle andre som eier

hytter i Sverige. Til dette kommer at den omtvistede forskriftsbestemmelsen også regulerer situasjonen for norske beboere med hytter i Finland. Ingen av partene i saken har hytte i Finland, og lagmannsretten har ikke fått noe bevisførsel om situasjonen for personer med hytte i Finland. Det kan derfor vanskelig kreves at de omtvistede delene av forskriften skal kjennes ugyldig, med virkning overfor alle hytteeiere, med henvisning til at menneskerettighetene til andre hytteeiere er krenket, jf. også tvisteloven § 1-3.

Staten har imidlertid også en positiv plikt til å sikre at menneskerettighetene overholdes, jf. for eksempel EMK artikkel 1 og Grunnloven § 92. På noen områder har derfor den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) oppstilt uttrykkelige og selvstendige prosessuelle forpliktelser, i tillegg til det materielle vernet i de enkelte bestemmelsene. Slike selvstendige prosessuelle forpliktelser har EMD særlig oppstilt i relasjon til EMK artikkel 2 og 3. Praktisk viktig er for eksempel krav til effektiv etterforskning av prosedable anførsler om at det materielle vernet i EMK artikkel 2 og 3 er krenket, se for eksempel, i relasjon til EMK artikkel 2, van Dijk, van Hoof m.fl., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. utgave (2017) side 377–379. I prinsippet kunne man se for seg at den positive forpliktelsen krevde at staten i lovgivnings- og forskriftsprosesser varetok særlige saksbehandlingsregler, for eksempel krav til høring, utredning og begrunnelse. Men EMD har vært svært varsom med å stille slike uttrykkelige prosessuelle krav til nasjonale regelprosesser, jf. for eksempel Janneke Gerards, *Procedural Review by the ECtHR: A Typology*, inntatt i Gerards og Brems, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (2017), side 131–136. Lagmannsretten kan heller ikke se at Høyesterett har oppstilt slike prosessuelle krav, for eksempel i medhold av Grunnloven § 92.

Domstolene må imidlertid prøve om de omtvistede tiltakene i forskriften krenker menneskerettighetene til hytteeierne som er parter i saken her, jf. punkt 3 nedenfor. Det er nødvendig for at hytteeierne som er parter i saken får prøvd substansen i en «arguable complaint» (heretter omtalt som en «prosedabel anførsel»), slik det kreves av EMK artikkel 13, se for eksempel *Soering v. UK*, plenardom 7. juli 1989 (nr. 14038/88) avsnitt 120 og *M.S.S. v. Belgia og Hellas*, storkammer 21. januar 2011 (nr. 30696/09) avsnitt 289–291. Dersom det foreligger inngrep i menneskerettighetene, må videre myndighetene presentere relevante og tilstrekkelige grunner som eventuelt kan rettferdiggjøre inngrepene. Slik sett vil det være en vekselvirkning mellom de begrunnelser som statens myndigheter gir, blant annet i forbindelse med lovgivnings- og forskriftsprosesser, og den prøvingen som domstolene må foreta i konkrete saker, jf. for eksempel Amrei Müller, *Obligations to ‘Secure’ the Rights of the Convention in an ‘Effective Political Democracy’: How Should Parliaments and Domestic Courts Interact?*, inntatt i Saul m.fl., *The International Human Rights Judiciary and National Parliaments* (2017) side 167–197. Men domstolene kan ikke unnlate å prøve om det foreligger menneskerettsbrudd med henvisning til at det ikke er foretatt en forutgående vurdering fra forvaltningen, slik tingretten har gjort. Dersom statens myndigheter ikke kan presentere relevante og tilstrekkelige grunner som rettferdiggjør

inngrepene, må de aktuelle menneskerettighetene anses krenket. Men det vil ikke nødvendigvis føre til at forskriften må kjennes ugyldig. Tilsvarende må gjelde etter EØS-retten.

En annen sak er at en forskrift kan måtte kjennes ugyldig etter alminnelig norsk forvaltningsrett og sivilprosess, enten på grunn av saksbehandlingsfeil eller materiell kompetansemangel, jf. punkt 5 nedenfor. Ved tolkningen av slike rent nasjonale regler, kan også konstitusjonelle og menneskerettslige regler, hensyn og prinsipper, og også EØS-retten, være av betydning.

Lagmannsretten tar i det følgende først stilling til om de omtvistede delene av forskriften har krenket og/eller krenker menneskerettighetene eller EØS-rettens friheter til de hytteeierne som er parter i saken her, jf. punkt 3 og 4. Deretter tar lagmannsretten stilling til forskriftens gyldighet, jf. punkt 5.

3. Krenkelser av menneskerettigheter i Grunnloven og EMK?

3.1 Inngrep i hytteeiernes rettigheter etter Grunnloven §§ 102 og 106, EMK artikkel 8, EMK P1 artikkel 1 og EMK P4 artikkel 2?

For at noe skal kunne utgjøre inngrep i menneskerettighetene, må tiltaket, eller mangelen på tiltak, oppfylle visse minstekrav til intensitet og byrde, se for eksempel, i relasjon til EMK artikkel 8 nr. 1, *Cherkun v. Ukraina*, 21. oktober 2009 (nr. 59184/09) avsnitt 77. Det kreves ikke at tiltaket som staten står ansvarlig for i seg selv griper direkte inn i rettsgodet som menneskerettigheten skal verne, for eksempel hjem eller eiendom. Det avgjørende er om tiltaket i tilstrekkelig grad berører («affect[s] adversely, to a sufficient extent»), den beskyttede rettigheten, enten det skjer på mer direkte eller indirekte vis, jf. for eksempel *Dzemyuk v. Ukraina*, 4. september 2014 (nr. 42488/02) avsnitt 77. Vurderingen av om minimumsnivået er oppfylt, kan variere fra rettighet til rettighet og omstendighetene i hver enkelt sak, jf. for eksempel samme sted avsnitt 78. En annen sak er at tiltak som griper mer direkte inn i en rettighet, ofte vil være mer intensive og byrdefulle for individet.

I saken her har partene vært noe uenige om hva det er i statens handlinger eller unnlatelser som eventuelt kan klassifiseres som inngrep. Det henger sammen med at den omtvistede forskriftsreguleringen består av en generell hovedregel (innreisekarantene for alle) med nærmere angitte unntak, herunder for hytteeierne, som igjen består av flere vilkår som må være oppfylt, og at disse reglene kan berøre de aktuelle menneskerettighetene på ulikt vis. Det sentrale er imidlertid at hytteeierne, etter de omtvistede bestemmelsene, plikter å være i innreisekarantene dersom ikke vilkårene for unntak er oppfylt. Spørsmålet er derfor om plikten til å være i innreisekarantene, dersom vilkårene for unntak ikke er oppfylt, utgjør inngrep i menneskerettighetene til hytteeierne. I det følgende omtaler lagmannsretten dette for enkelhets skyld som karanteneplikten.

Lagmannsretten anser at karanteneplikten utgjør inngrep i retten til hjem og familieliv i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8 nr. 1, vernet om eiendom i EMK P1 artikkel 1, bevegelsesfriheten i Grunnloven § 106 og EMK P4 artikkel 2, til de hytteeierne som er parter i saken her. Dette omtales samlet som «inngrepene».

Hyttene til hytteeierne som er parter i saken her, er ikke deres primære hjem. Det er ikke det stedet hvor de bor fast og har sine registrerte bostedsadresser. Men også sekundære hus eller leiligheter kan, etter en konkret vurdering, betraktes som «hjem», slik dette begrepet forstås i Grunnloven § 102 og EMK artikkel 8. nr. 1. Av betydning er blant annet om bruken er jevnlig, ikke bare i ferier, og om bruken og partens tilknytning til huset eller leiligheten kan sammenlignes med det primære hjemmet, jf. for eksempel, *Demades v. Tyrkia*, 31. juli 2003 (nr. 16219/90) avsnitt 31 og 32.

Alle hytteeierne i saken her benytter sine hytter på jevnlig basis. Følgende beskrivelse av hytteeierens forhold til og bruk av hyttene, gjengitt i tingrettens dom, er dekkende også etter bevisførselen i lagmannsretten:

Hytteeierne har beskrevet at de bruker stedene sine svært mye og at stedene for dem representerer ro, trygghet og tilhørighet. Flere av dem har forklart at hytta er et viktig samlingssted for familien, og at de har langt bedre plass både i og utenfor hytta enn de har hjemme på sin bosteder i Norge.

Som ett eksempel forklarte saksøker Halvor Stormoen at hans hytte ligger på øya Galtö i Tanum kommune ca 35 km inn i Sverige fra Svinesund. Øya har rundt 20 fastboende, og hans eiendom ligger helt for seg selv. Stormoen kjøpte hytta fordi han har en kronisk lungesykdom som forverres med dårlig luftkvalitet. Han bor til daglig på Kolbotn i Nordre Follo kommune, men pleier normalt å tilbringe alle helger og ferier sammen med kona og eventuelt barn og barnebarn på hytta. I tillegg er han og kona der en del på vanlige ukedager også. Stormoen forklarte at det er hytta de pleier å dra til når de skal hygge seg og være sammen. I gjennomsnitt pleide Stormoen å være på hytta rundt 120 dager i året før pandemien kom. Stormoen forklarte at det er krevende ikke å kunne dra til hytta under pandemien fordi han er i risikogruppen for korona. Han vet at han ville vært langt mindre utsatt for smitte på Galtö enn han er i Kolbotn. Ulike gjøremål i Kolbotn innebærer at det er vanskelig for ham med en 10 dagers karantene når han kommer tilbake igjen. Stormoen forklarte videre at det ikke er aktuelt for ham å bryte regelverket.

Lagmannsretten er på denne bakgrunn ikke i tvil om at hyttene utgjør «hjem» for hytteeierne som er parter i saken. Det er heller ikke bestridt av staten. Lagmannsretten er heller ikke i tvil om at hyttene er en viktig del av hvordan hytteeierne utøver sitt familieliv.

Staten har anført at karanteneplikten ikke utgjør inngrep, hverken i retten til hjem eller familieliv. Staten har særlig vist til at hytteeierne fritt kan benytte hyttene, selv om de ved retur til Norge eventuelt må i karantene.

Etter lagmannsrettens oppfatning medfører imidlertid karanteneplikten, for alle praktiske formål, en vesentlig begrensning i hytteeiernes muligheter til å benytte hyttene. Sett i lys av den bruk og tilknytning som partene i saken her har til hyttene, utgjør derfor karanteneplikten inngrep i deres rett til hjem og familieliv.

Karanteneplikten utgjør videre inngrep i retten til eiendom, slik denne er vernet i EMK P1 artikkel 1. Selv om karanteneplikten ikke griper direkte inn i eiendommene som sådanne, medfører den i praksis begrensninger på muligheten til å benytte og vedlikeholde eiendommene, noe som igjen kan medføre økte kostnader ved vedlikehold, for eksempel fordi skader ikke oppdages eller det må leies inn hjelp for å vedlikeholde og ta seg av eiendommen.

Karanteneplikten utgjør også inngrep i hytteeiernes bevegelsesfrihet, slik denne er vernet i Grunnloven § 106 og EMK P4 artikkel 2. Karanteneplikten setter begrensninger på hvilke steder man kan oppholde seg på og hvilke personer man kan oppholde seg sammen med, jf. særlig forskriften § 5 syvende ledd. Etter lagmannsrettens syn setter dette i praksis begrensninger på bevegelsesfriheten som overstiger minimumsnivået for å betrakte tiltaket som et inngrep. Ordningen med at plikten kan måtte gjennomføres på karantenehotell, forsterker inngrepet ytterligere. Det samme gjelder for de øvrige inngrepene.

Spørsmålet blir derfor om staten har rettferdiggjort inngrepene. Tre vilkår må da være oppfylt – inngrepene må ha hjemmel i lov, de må varetta legitime formål og de må være forholdsmessige. I Grunnlovens bestemmelser kommer ikke disse begrensningene uttrykkelig til uttrykk, men det er ikke tvilsomt at tilsvarende begrensninger som etter EMK må gjelde etter de aktuelle bestemmelsene i Grunnloven, jf. for eksempel Rt-2014-1105 avsnitt 28 i relasjon til Grunnloven § 102. Det er heller ikke tvilsomt at kjernen i kravene til lovhjemmel og forholdsmessighet er like i alle de aktuelle bestemmelsene i EMK, selv om kravene er formulert noe ulikt, jf. for eksempel van Dijk m.fl., sitert over, på side 311 og 315. En annen sak er at terskelen for hva som kan anses forholdsmessig, kan være noe ulik under de ulike bestemmelsene.

3.2 Lovkravene

Kravet om at inngrepene må ha hjemmel i lov, jf. for eksempel EMK artikkel 8 nr. 2, har en materiell og en prosessuell side.

Den materielle siden innebærer at inngrepene må være i samsvar med norsk lov. Dette kravet er oppfylt i saken her, jf. punkt 5 nedenfor.

Den prosessuelle siden innebærer at loven må være tilgjengelig og tilstrekkelig klar og tydelig, slik at individet kan forutberegne sin rettsstilling. I forlengelsen av klarhetskravet

må det også foreligge tilstrekkelige garantier mot misbruk av forvaltningens eventuelle skjønnsmessige anvendelse av loven, jf. for eksempel *Sunday Times v. UK (nr. 1)*, plenardom 26. april 1979 (nr. 6538/74) avsnitt 49 og *Olsson v. Sverige (nr. 1)*, plenardom 24. mars 1988 (nr. 10465) avsnitt 61.

Det er ikke tvilsomt at også den prosessuelle siden av lovkravet er oppfylt. De omtvistede delene av forskriften har hjemmel i smittevernloven § 4-3, jf. § 1-5, og er klare og tydelige – det fremgår klart hva som medfører karanteneplikt, og når de omtvistede vilkårene for unntak er oppfylt.

Hytteeierne har anført at de omtvistede delene av forskriften ikke har tilstrekkelig kvalitet i den forstand at inngrepene i hytteeierens grunnleggende rettigheter ikke er grundig nok utredet og begrunnet. Slike uttrykkelige og selvstendige krav til utredning og begrunnelse i lovgivnings- og/eller forskriftsprosess kan imidlertid ikke utledes av lovkravene i de aktuelle bestemmelsene i Grunnloven og/eller EMK. En annen sak er at manglende begrunnelse og utredning kan få betydning for forholdsmessighetsvurderingene som må foretas.

3.3 Legitime formål

Staten har redegjort for at karanteneplikten skal sikre liv og helse ved å forhindre at Covid-19 smitte importeres fra land med høyt smittetrykk eller nye virusvarianter. Plikten skal også vareta den økonomiske situasjonen til staten, bedrifter og enkeltindivider. Dersom det nasjonale smittetrykket øker på grunn av import av Covid-19, vil det være nødvendig med strengere innenlandske smitteverntiltak som igjen vil påvirke den økonomiske situasjonen, for eksempel ved begrensninger og restriksjoner på tjenesteytelser som kan føre til økonomisk tap, oppsigelser, at bedrifter går konkurs og/eller at staten må yte betydelig økonomisk støtte til individer og bedrifter. Strengere nasjonale smitteverntiltak kan også få negative konsekvenser for voksne og barns fysiske og psykiske helse. Det er derfor klart at karanteneplikten har legitime formål.

Hytteeierne har anført at de omtvistede forskriftsbestemmelsene ikke er egnet til å oppnå formålene. Det anføres at opphold på hyttene snarere reduserer risikoen for Covid-19 smitte, blant annet fordi hyttene befinner seg i mindre tettbefolkede områder enn hytteeierne bor i hjemme i Norge.

I EMDs og Høyesteretts praksis varierer det i hvilken grad inngrepets egnethet (til å oppnå formålet) vurderes som en del av kravet om at inngrepet må forfølge et legitimt formål eller som en del av inngrepets forholdsmessighet. I saken her hefter det usikkerhet knyttet til i hvilken grad inngrepene i praksis vil bidra til å oppnå formålene. Betydningen av slik usikkerhet bør tas i betraktning under forholdsmessighetsvurderingene.

3.4 Forholdsmessighetsvurderingene

I forholdsmessighetsvurderingene må de legitime målene og måten staten har realisert målene på, veies opp (balanseres) mot inngrepene i de ulike menneskerettighetene. I det følgende redegjør lagmannsretten først for noen generelle forhold av betydning for alle inngrepene. Deretter vurderer lagmannsretten mer konkret forholdsmessigheten av de enkelte inngrepene.

Lagmannsretten peker for det første på at jo mer inngripende og tyngende inngrepet er, og jo mer det angriper kjernen av den aktuelle rettigheten, jo mer kreves av grunnene og formålene som skal rettferdiggjøre inngrepet. I denne sammenheng er tiden inngrepet varer, relevant. Jo lengre inngrepet varer, jo mer tyngende vil det normalt virke. Det gjelder også for inngrepene i saken her. Det innebærer, noe forenklet sagt, at karanteneplikten kan ha vært forholdsmessig da den ble innført i mars 2020, men uforholdsmessig i juni 2021, selv om alle øvrige forhold er like.

På den annen side må vekten og betydningen av de legitime formålene og grunnene som anføres å rettferdiggjøre inngrepene, klargjøres. I saken her er det heller ikke bare tale om å veie opp inngrep i de aktuelle menneskerettighetene mot legitime formål, men å veie opp inngrepene i disse menneskerettighetene mot øvrige menneskerettigheter og andre rettigheter.

Retten til liv er den mest grunnleggende menneskerettigheten. Den er vernet i Grunnloven § 93 første ledd og EMK artikkel 2. Statens myndigheter har en særlig forpliktelse til å beskytte retten til liv gjennom positive og forebyggende tiltak, jf. Grunnloven § 93 fjerde ledd og EMK artikkel 2, jf. artikkel 1. I de senere år har EMD forsterket kravene i denne forpliktelsen. Dette har på den ene siden gitt seg utslag i strenge krav til individuelle tiltak for å beskytte retten til liv, jf. for eksempel *Smiljanić v. Kroatia*, 25. mars 2021 (nr. 35983/14) (ikke tilstrekkelige skritt for å forhindre vegtrafikkulykke) og *Kotilainen m.fl. v. Finland*, 17. september 2020 (nr. 62439/12) (ikke tilstrekkelig aktivitet/tiltak for å verne mot skoleskyting). På den annen side overlater EMD statene stor skjønnsmargin ved vurderingen av forholdsmessigheten til inngrep i øvrige menneskerettigheter, når formålet er å beskytte liv og helse. Det gjelder ikke minst når liv og helse må beskyttes gjennom generell regulering hvor en rekke øvrige kryssende og legitime hensyn, interesser og rettigheter må tas i betraktning, se til illustrasjon for eksempel *Vavříčka m.fl. v. Tsjekkia*, storkammer 8. april 2021 (nr. 47621/13 og fem andre).

Vurderingen av forholdsmessighet er videre alltid kontekstuell – inngrepene, formålsvurderingene og tiltakene som iverksettes må vurderes i lys av konteksten de blir foretatt i. I denne sammenheng er det av betydning at alle inngrepene er gjort for å beskytte liv, helse og økonomi med mål om å kontrollere og redusere de nasjonale konsekvensene av en verdensomspennende pandemi som oppstod brått og spredte seg raskt. I starten av en

slik pandemi vil nødvendigvis kunnskapsgrunnlaget om både viruset og hvilke tiltak som kan bidra til å bekjempe det, være usikkert. I en slik situasjon må statens myndigheter ha betydelig skjønnsmargin ved de risikovurderinger og avveininger som foretas. Samtidig må kravene til vurdering av både risiko og de tiltak som iverksettes og opprettholdes, skjerpes etter hvert som kunnskapsgrunnlaget blir bedre. Konteksten endrer seg, noe som igjen vil påvirke forholdsmessighetsvurderingene.

De løpende utredninger, vurderinger og begrunnelser som statens myndigheter gir, eller ikke gir, kan derfor få betydning for forholdsmessighetsvurderingene. Det er ikke tale om uttrykkelige og selvstendige prosessuelle garantier som i seg selv kan lede til krenkelser av menneskerettighetene, men om ett av flere forhold som kan ha betydning i de materielle forholdsmessighetsvurderingene. I denne vurderingen kan det også ha betydning om prosessen, vurdert som helhet, inklusiv prosessen for domstolene, gir tilstrekkelig beskyttelse og garantier mot misbruk og uforholdsmessige inngrep, sml. for eksempel *McCann v. UK*, 13. mai 2008 (nr. 19009/04) avsnitt 53.

Lagmannsretten understreker at det ikke kan kreves at statens myndigheter i forbindelse med utarbeidelse, vedtakelse og opprettholdelse av lover eller forskrifter uttrykkelig anvender samme rettslige utgangspunkter og vurderingstemaer som EMD eller Høyesterett gjør ved vurderingen av om EMK og Grunnloven er krenket. Det sentrale må være om substansen i de vurderinger som må foretas på tilstrekkelig vis blir tatt i betraktning, slik at uforholdsmessige inngrep kan unngås, jf. også EMK artikkel 1 og Grunnloven § 92. EMD krever heller ikke at nasjonale domstoler må ta tilsvarende rettslige utgangspunkter som det EMD gjør for at individet skal ha et effektivt nasjonalt rettsmiddel etter EMK artikkel 13. Det sentrale er at nasjonale domstoler på tilstrekkelig vis tar stilling til substansen i prosedable anførsler om at EMK er krenket, jf. for eksempel *M.S.S. v. Belgia og Hellas*, sitert over, avsnitt 291. En annen sak er at jo likere de rettslige utgangspunktene er, jo enklere vil det normalt være å sørge for at substansen faktisk blir prøvd. Det kan også føre til at EMD overlater statene videre skjønnsmargin ved sin vurdering av om EMK er krenket.

Ved vurderingen av om et inngrep er nødvendig og forholdsmessig, har det også betydning om formålet kan oppnås med mildere inngrep. Men det er ikke noen automatikk i at et mer tyngende inngrep vil være uforholdsmessig selv om det kan pekes på et mildere inngrep som varetar de legitime formålene. Ved vurderingen av om et mer tyngende inngrep er forholdsmessig, kan en rekke forhold spille inn, blant annet hvilken grad av måloppnåelse som anses nødvendig, hvor sikker eller usikker måloppnåelsen er ved ulike tiltak og hvor mye mer inngripende tiltaket er. I de mer renskårne tilfellene, for eksempel et individuelt inngrep hvor to ulike tiltak i tilsvarende grad varetar formålet, uten andre kostnader, vil menneskerettigheten normalt alltid måtte anses krenket dersom ikke staten velger det minst inngripende alternativet. Men særlig ved generelle reguleringer som involverer ulike rettigheter, hensyn og interesser, og hvor også kryssende menneskerettigheter kan være

involvert, vil det ofte heller være spørsmål om den generelle reguleringen i seg selv treffer en rimelig og rettferdig balanse, jf. for eksempel *Vavříčka m.fl. v. Tsjekkia*, sitert over, avsnitt 310. I denne vurderingen vil det være av betydning om en individuell vurdering av hvert enkelt tilfelle, eller grupper av tilfeller, i motsetning til den generelle reguleringen, på en mer hensiktsmessig måte kan oppnå det eller de legitime formålene, også vurdert i lys av negative konsekvenser som individuelle vurderinger kan ha, for eksempel usikkerhet vedrørende virkninger, kostnader og mulig forskjellsbehandling og vilkårlighet, jf. for eksempel *Animal Defenders v. UK*, storkammer 22. april 2013 (nr. 48876/08) avsnitt 108 og sml. *Lacatus v. Sveits*, 19. januar 2021 (nr. 14065/14) avsnitt 114.

Både ved vurderingen av og på grunn av slike og andre forhold, kan EMD overlate statene en viss skjønnsmargin. Bakgrunnen er blant annet at statene normalt er nærmere og bedre plassert til å vurdere lokale behov og forhold, jf. for eksempel *Chapman v. UK*, storkammer 18. januar 2001 (nr. 27238/95) avsnitt 91. Ved generelle reguleringer for å beskytte liv og helse, overlater EMD normalt statene en vid skjønnsmargin, jf. for eksempel *Vavříčka m.fl. v. Tsjekkia*, sitert over, avsnitt 274–275 og 289. Denne skjønnsmarginen er et verktøy for EMD til å regulere hvor intensivt EMD prøver de anførte menneskerettsbruddene. Det er ikke noen nødvendig sammenheng mellom denne skjønnsmarginen og den prøvingsintensiteten som nasjonale domstoler bør anvende når de prøver anførsler om menneskerettsbrudd på nasjonalt nivå, jf. for eksempel Jens Edvin A. Skoghøy, Nasjonal skjønnsmargin etter EMK, Lov og Rett 2011, side 189–190. Hvem som nasjonalt er best plassert til å vurdere lokale behov og forhold, kan variere fra område til område og de konkrete omstendighetene i hver enkelt sak. I saken her vil det for eksempel, ved vurderingen av hvilke tiltak som er nødvendige for å vareta smittevern og hensynet til liv og helse, være naturlig for nasjonale domstoler å utvise noe tilbakeholdenhet ved prøvingen av de faglige vurderingene fra Folkehelseinstituttet og Helsedirektoratet, og som ligger til grunn for de omtvistede forskriftsreguleringene. På den annen siden er det ingen grunn for domstolene til å være tilbakeholdne ved vurderingen av hvor tyngende inngrepene er for hytteeierne.

Lagmannsretten går så over til å vurdere om inngrepene i de aktuelle menneskerettighetene er forholdsmessige overfor hytteeierne som er parter i saken her.

Den generelle rettslige terskelen for hvordan balansen i forholdsmessighetsvurderingene skal treffes, kan være noe ulik i de ulike bestemmelsene. Ved vurderingen etter EMK artikkel 8 nr. 2 må for eksempel statene «demonstrate the existence of a pressing social need behind the interference», jf. for eksempel *Leander v. Sverige*, 26. mars 1987 (nr. 9248/81) avsnitt 58. Inngrep i bevegelsesfriheten, jf. EMK P4 artikkel 2, må som utgangspunkt bedømmes etter samme terskel, jf. for eksempel *Berkovich m.fl. v. Russland*, 27. mars 2018 (nr. 5871/07 og ni flere) avsnitt 96. Inngrepene i eiendomsretten, jf. EMK P1 artikkel 1, må derimot være «reasonably proportionate to the aim sought to be realized» og ikke påføre en «individual and excessive burden», jf. for eksempel *Bélané Nagy v.*

Ungarn, storkammer 13. desember 2016 (nr. 53080/13) avsnitt 115. Slike nyanser i den generelle rettslige terskelen er imidlertid ikke av betydning i saken her.

Lagmannsretten tar utgangspunkt i at særlig inngrepene i *retten til hjem og familieliv* er nokså tyngende for hytteeierne som er parter i saken. Hyttene utgjør en viktig del av hvordan de har organisert sitt hjem og sine familieliv. Samtidig griper ikke karanteneplikten direkte inn i kjernen av deres rett til hjem og familieliv. Hytteeierne har alle et primærhjem i Norge som det ikke er begrensninger i bruken av. Det foreligger heller ikke noe forbud mot å benytte hyttene. Hytteeierne kan fritt reise til hyttene og oppholde seg der så lenge de vil. Men dersom de overnatter, og dersom reisen ikke er begrunnet i «strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader» på fast eiendom, må hytteeierne i innreisekarantene ved retur til Norge. Innreisekarantenen kan variere fra 7–10 dager, og må, etter forskriftsendringen 16. mars 2021, som utgangspunkt gjennomføres på karantenehotell. Dette medfører praktiske begrensninger i hvordan hytteeierne kan benytte deler av sitt hjem og utøve sitt familieliv, men det griper ikke inn i kjernen av rettighetene.

Karanteneplikten griper heller ikke direkte inn i *eiendomsretten*. Hytteeierne kan som utgangspunkt benytte eiendommene, men karanteneplikten medfører praktiske hindringer for bruk og personlig vedlikehold. Det kan også oppstå problemer i forbindelse med for eksempel vilkår for forsikringsdekning, som kan kreve en viss grad av tilstedeværelse og tilsyn, som flere av hytteeierne har forklart seg om.

Karanteneplikten griper heller ikke inn i kjernen av *bevegelsesfriheten*. Hytteeierne kan bevege seg fritt i Norge. Men dersom de velger å besøke hyttene i Sverige, og vilkårene for unntak ikke er oppfylt, må de i karantene. Gjennomføringen av karanteneplikten medfører begrensninger på bevegelsesfriheten ved at det gjelder krav om bestemt oppholdssted for en periode, men perioden er begrenset, og foruten kravet om bestemt oppholdssted kan hytteeierne som utgangspunkt bevege seg fritt såfremt kravet om å unngå nærkontakt overholdes, jf. forskriften § 5 syvende ledd.

At inngrepene har pågått over lang tid, med noen opphold sommeren og høsten 2020 forsterker styrken av alle inngrepene. Det samme gjør ordningen med karantenehotell.

Hensynet til å beskytte liv og helse er på den annen side svært viktig, og statens myndigheter plikter å iverksette tiltak mot viruset for å beskytte liv og helse. Manglende tiltak fra statens side kan føre til at staten krenker Grunnloven § 93 første ledd, jf. fjerde ledd og EMK artikkel 2, jf. artikkel 1. Dersom det innenlandske smittetrykket ikke holdes under kontroll, kan det også bli nødvendig med strengere innenlandske smitteverntiltak som vil få negative konsekvenser for den økonomiske situasjonen til staten, individer og bedrifter og for menneskers fysiske og psykiske helse.

Hovedregelen om innreisekarantene har vært i kraft siden 13. mars 2020. Hovedregelen fastsetter innreisekarantene dersom man kommer «fra et område med karanteneplikt som fastsatt i vedlegg A», jf. covid-19-forskriften § 4 første ledd bokstav a. Avgjørende for om et «område» er oppført i vedlegg A, og derigjennom underlagt karanteneplikt, er smittetrykket i området og risikoen for at opphold i området kan føre til at smitte blir brakt til Norge (importsmitte). Direktør i Helsedirektoratet, Bjørn Guldvog, direktør i Folkehelseinstituttet, Camilla Stoltenberg, og Helse- og omsorgsminister Bent Høie, har for lagmannsretten forklart at helsemyndighetene og regjeringen kontinuerlig har vurdert og vurderer hvilke områder som bør være underlagt karanteneplikt. Vedlegg A til forskriften viser også hvilke perioder ulike områder har vært underlagt karanteneplikt. For Gotland i Sverige ble for eksempel karanteneplikten innført 17. mars 2020, avsluttet 15. juni 2020, gjeninnført 25. juni 2020, avsluttet 4. september 2020 og gjeninnført 9. oktober 2020. For Kalmar i Sverige ble karanteneplikten innført 17. mars 2020, avsluttet 24. juli 2020, gjeninnført 28. august 2020, avsluttet 18. september 2020 og gjeninnført 23. oktober 2020. Stockholm har på den annen side vært underlagt karanteneplikt side 17. mars 2020, uten opphold.

Alle hyttene til hytteeierne som er parter i saker her, ligger i områder som ble underlagt karanteneplikt 17. mars 2020, og som deretter hadde enkelte opphør i løpet av sommeren og høsten 2020, men slik at alle områdene har vært underlagt karanteneplikt siden senest slutten av oktober 2020. Det gjelder for øvrig alle områder i Sverige. Andre områder har imidlertid blitt unntatt fra karanteneplikt siden den gang. For Åland i Finland ble for eksempel karanteneplikt innført 17. mars 2020, avsluttet 15. juni 2020, gjeninnført 30. oktober 2020, avsluttet 27. november 2020, gjeninnført 20. desember 2020, avsluttet 7. februar 2021, gjeninnført 28. februar 2021 og avsluttet 23. mai 2021.

Staten har redegjort for at hovedregelen om karanteneplikt er begrunnet i hensynet til å forhindre at importsmitte kommer inn i landet, med de virkninger det har for liv, helse og økonomi. Ved innføringen av hovedregelen var kunnskapsgrunnlaget om både viruset og smittetrykk og smittespredning i ulike land usikkert. Etter hvert har man fått mer og bedre kunnskap, både om viruset og smittetrykk og spredning i andre land. I lys av særlig forklaringene til direktørene Guldvog og Stoltenberg, legger lagmannsretten til grunn at viruset er mest smittsomt før og rett etter symptomdebut. Noen smittede får ikke symptomer i det hele tatt. Andre får sterke symptomer med mulig dødelig utfall. Inkubasjonstiden til viruset gjør at sykdommen kan utvikle seg etter en negativ test som er tatt rett før innreise til landet. Det viktigste virkemidlet for å stoppe smitte fra personer som ikke vet at de er smittet, er derfor sosial distansering. Helsemyndighetene anser at importsmitte har vært og er en viktig årsak til smitteutbrudd i Norge. Det er også en særlig bekymring for at importsmitte kan føre til at nye mutasjoner av viruset føres inn i landet. Rundt siste årsskifte var det for eksempel særlig bekymring for at den britiske varianten skulle importeres, mens bekymringen i dag først og fremst er knyttet til den indiske varianten.

På denne bakgrunn er ikke lagmannsretten i tvil om at den generelle hovedregelen om karanteneplikt for personer som kommer fra områder med høyt smittetrykk, som utgangspunkt, er en egnet, hensiktsmessig og legitim regel for sikre liv, helse og økonomi.

Hytteeierne bestrider heller ikke hensiktsmessigheten, forholdsmessigheten eller gyldigheten av den generelle hovedregelen som sådan, men anfører at det må gjøres et særskilt unntak for de som eier hytte i Sverige. Disse, og i alle fall de hytteeierne som er parter i saken her, må kunne besøke hyttene sine uten å måtte gå i karantene såfremt de overholder påbud om å unngå nærkontakt med andre og reiser frem og tilbake med eget (ikke offentlig) transportmiddel. Denne anførselen bygger på to argumentasjonslinjer. På den ene siden at myndighetene aldri har vurdert inngrepene i hytteeierens grunnleggende rettigheter individuelt, og derfor heller ikke har foretatt den rettslige forholdsmessighetsvurderingen som kreves. På den andre siden at inngrepene uansett ikke er forholdsmessige, særlig fordi vilkårene om å unngå nærkontakt og ikke benytte offentlig transport er tilstrekkelige. Smittevernet blir tvert imot bedre varetatt ved at hytteeierne kan besøke sine hytter enn ved å oppholde seg hjemme i Norge. Hyttene ligger i områder med lavere befolkningstetthet enn deres hjem i Norge. Mange av områdene anføres også å ha lavere smittetrykk enn områdene de i bor i hjemme i Norge.

Når det gjelder myndighetenes vurderinger, viser lagmannsretten til at det ikke på noe tidspunkt er foretatt en uttrykkelig vurdering av hytteeierens situasjon vurdert ut fra de rettslige standarder som er stilt opp i EMDs og Høyesteretts praksis. Det er på den annen side klart at myndighetene har vært klar over og vurdert om det kan gjøres et særskilt unntak for hytteeierne siden like etter at hovedregelen ble innført. Allerede den 3. april 2020 ble derfor også unntaket som nå står i forskriften § 6a første ledd bokstav a, innført. Den gang stod unntaket i § 6 fjerde ledd, og lød slik:

Personer som krysser grensen mellom Sverige og Norge eller Finland og Norge, etter å ha utført strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader på fritidseiendom i Sverige eller Finland, er unntatt fra karanteneplikt etter § 5 ved retur til Norge. Unntak fra karanteneplikt gjelder ikke dersom personen overnatter på fritidseiendommen eller annet sted i Sverige eller Finland før retur til Norge. Unntak fra karanteneplikt gjelder heller ikke dersom personen i Sverige eller Finland har oppsøkt butikker, kjøpesentre eller lignende eller har hatt nærkontakt med andre personer enn sine husstandsmedlemmer.

Siden den gang er vilkåret om å oppsøke butikker eller kjøpesentre fjernet, jf. siste punktum, men slik at øvrige deler av vilkårene for unntak består. Unntaket er også utvidet til å rette seg mot campingvogner og båter, i tillegg til hytter.

I perioder av sommeren og høsten 2020 gjaldt heller ikke karanteneplikten for de fleste av områdene i Sverige og Finland, jf. over.

Særlig utover høsten 2020 ble det argumentert overfor myndighetene med at unntaket for hytteeierne burde være videre. Tingretten har gjengitt dette, og deler av myndighetenes saksbehandling i den forbindelse, slik på side 4–8 i dommen:

Underskriftskampanjen *Nordmenn som eier hytte i Sverige og/eller Finland kan overnatte der uten å sitte 14 dager i karantene* ble signert av 5649 personer og oversendt regjeringen og FHI den 7. mai 2020. I oppropet står det:

Vi foreslår følgende unntak:

Nordmenn som eier hytte i Sverige og/eller Finland, kan oppholde seg og overnatte på sine hytter, uten å ilegges 14 dager i karantene, under følgende forutsetninger:

- *Du må kunne kjøre direkte til hytta uten stopp, ikke oppsøke bensinstasjoner, butikker, kjøpesenter eller være i nærkontakt med andre enn personer i egen husstand under oppholdet*
- *Ovenfor grensekontrollen må du fremlegge gyldig pass for alle i husstanden, samt bevis at en eller flere i husstanden eier hytta dere har besøkt i Sverige og/eller Finland.*

I begynnelsen av juni 2020 mottok Helse- og omsorgsdepartementet rapporter fra Helsedirektoratet og Folkehelseinstituttet som var svar på departementets oppdrag nummer 81 om å gjøre en oppdatert vurdering av å åpne for at karanteneplikten erstattes av selvmonitorering og testing ved symptomer (oppdrag 81).

Folkehelseinstituttet vurderte at

en fjerning av all karantene fra alle nordiske land vil introdusere en klar økning i risiko for smitte til og videre spredning innad i Norge grunnet smittesituasjonen i Sverige i dag. [rapporten side 13]

Etter instituttets syn ville det likevel være liten risiko forbundet med å gi fritak for karantene for nordmenn med fast eiendom i Sverige [rapporten side 14]:

En kontrollert, lav reiseaktivitet inn til Norge vil redusere den totale belastningen og spredningsrisiko. Det er en del nordmenn som har eiendom og slekt i de nordiske land, spesielt i Sverige. Reisende som har eget bosted vil ha færre kontakter da de vil oppholde seg på ett og samme sted under hele reisen. Opphold på egen eiendom gjør også at man kan unngå å oppsøke restauranter og andre steder hvor det kan være mange mennesker samlet. Åpning av innreise uten innreisekarantene av denne gruppen vil gjelde et begrenset volum av personer, som også er et viktig element i vurderingen av risiko. Dette alternativet er til dels allerede implementert ved at covid-19-forskriften fritar helsepersonell og andre personer som er strengt nødvendige for å kunne opprettholde forsvarlig drift av kritiske "samfunnsfunksjoner eller ivareta befolkningens grunnleggende behov" fra innreisekarantene fra blant annet Sverige.

Fra et smittevern­faglig perspektiv vil en slik modell medføre en viss men liten økning i smitterisiko, da den bare åpner for et begrenset antall reisende til Norge. Forutsetningen er at de reisende i all hovedsak oppholder seg i på egen eiendom, ikke overnatter andre steder og unngår å oppsøke samlinger med mange personer. Man kan bare ta med seg nær slekt (barn, barnebarn, foreldre, besteforeldre), og ikke invitere med andre utover dette. Ved retur til Norge må man i 10 dager etter hjemkomst unngå å oppsøke store forsamlinger med mennesker, og ved symptomer på covid-infeksjon skal man straks isolere seg og kontakte helsetjenesten for testing. Nordmenn som reiser til Sverige må sette seg inn i svenske regler om å holde avstand, m.m. Hvis man får symptomer på luftveisinfeksjon skal man kontakte helsetjenesten i Sverige for testing.

Nordmenn som returnerer til Norge etter opphold i Norden er kjent med norske forhold og norsk regelverk, og vet i stor grad hvordan de skal forholde seg ved symptomer på covid-19. Dette reduserer også risikoen for spredning i Norge. Dokumentasjon av eiendom i utlandet kan eventuelt kreves ved utskrift av kontrakt eller skatteseddel. Dokumentasjon av nærmeste familie kan muligens dokumenteres i Norden gjennom utskrift fra folkeregister (mor/far, søsken), men hvordan dette eventuelt kan gjennomføres i praksis har vi ikke vurdert.

Helsedirektoratet vurderte i sitt svar til departementet ikke hytteeierne særskilt, men direktoratet anbefalte generelt at man ikke åpnet for reiser til og fra Sverige.

[...]

Hytteeiernes situasjon var også tema på et møte mellom representanter fra Helse- og omsorgsdepartementet, Helsedirektoratet og Folkehelseinstituttet i slutten av september 2020. Departementsråd Bjørn-Inge Larsen gjenga diskusjonen på følgende måte i en intern e-post 25. september:

Til nå har Hdirs råd til HOD vært at det ikke bør være ytterligere unntak for hytteeiere i røde soner i Sverige.

Dette ble imidlertid problematisert i et møte mellom FHI, Hdir og HOD i dag. Gitt at smittenivået i Norge nå er omtrent like høyt som i Sverige, svekkes de faglige argumentene for at det skal være karantene ved reise over grensen fra Sverige til Norge.

Ved siden av dette, peker også Bjørn G på at det er et inngripende tiltak å hindre hytteeiere å bruke egne hytter. Han antyder dermed at det kan være grunnlag for å se annerledes på spørsmålet uavhengig av om karanteneregelen videreføres for reisende fra Sverige generelt.

Jeg mener at begge problemstillingene som reises av Bjørn G er legitime.

Den 1. oktober 2020 ga Helse- og omsorgsdepartementet fagorganene et nytt oppdrag (oppdrag 185) om å vurdere innretningen av unntaket for innreisekarantene

for hytteeierne. Folkehelseinstituttet avga sin rapport den 23. oktober. I rapporten skriver instituttet:

Fra et smittevern­faglig perspektiv, er risikoen forbundet med reise til røde land først og fremst knyttet til kontakten man har med andre mennesker i landet og opphold/aktiviteter i områder der man er i direkte eller indirekte kontakt med lokalbefolkning. Risikoen for å eksponeres for smitte er minimal dersom man reiser i egen bil til fritidseiendommen og ikke har kontakt med andre.

Derom man ellers følger vilkårene i §6a bokstav b vil man ikke være mer smitteutsatt dersom man overnattet på egen eiendom. Jo lenger oppholdet er, er imidlertid sannsynligheten for å måtte være i kontakt med lokalbefolkningen økende, eksempelvis i forbindelse med innkjøp og nødvendige tjenester, eventuelt rekreasjonsaktiviteter. En tidsbegrensning av unntaket kan derfor vurderes og eventuelt gradvis utvides. Med dagens bestemmelse er tidsbegrensningen dagsbesøk, og en utvidelse kan for eksempel være til 72 timer. Det påpekes igjen at varigheten ikke har betydning for risikoen gitt at man ikke har nærkontakt med andre, slik at det vil være etterlevelsen av vilkårene som har betydning for risikoen for økt importsmitte.

Dersom vilkår ikke følges, må man regnes som smitteutsatt på lik linje med annen reise til røde områder, med plikt til 10 døgns innreisekarantene.

Konklusjon: dersom vilkår om å ikke ha nærkontakt med andre og ikke ta offentlig transport er oppfylt, er unntak fra innreisekarantene etter opphold på fritidseiendom i Norden smittevernmessig forsvarlig.

Helsedirektoratet avga sin rapport 26. oktober 2020. I punkt 3.5 Oppsummering om innretningen av dagens unntak skriver direktoratet:

Det anses smittevern­faglig forsvarlig at kravet til overnatting tas ut og erstattes med en tidsbegrensning på 72 timers opphold så lenge det fortsatt stilles vilkår til reisemåte og atferd under oppholdet. Disse begrensningene tilsier at det fortsatt kan gis fritak for innreisekarantene både i arbeidstiden og på fritiden.

En endring til 72 timer vil også muliggjøre tilsvarende reiser til andre nordiske land, så lenge kravene til reisemåte og atferd opprettholdes. Vi mener unntaket med de vilkår som foreslås gjør det smittevern­faglig forsvarlig å utvide bestemmelsen til å gjelde de øvrige landene i Norden.

Fire dager senere, den 30. oktober 2020, ba Helse- og omsorgsdepartementet fagorganene om å gjøre en fornyet vurdering av det foreslåtte unntaket, sett i lys av at smitten økte både i Norge og Europa (oppdrag 209). Folkehelseinstituttet avga en kort rapport den 2. november 2020. I rapporten står det:

FHI mener fortsatt at det ikke er smitterisiko knyttet til tidsbegrenset opphold på fritidseiendom i Norden, så lenge man ikke tar offentlig transport eller har nærkontakt med andre enn de man bor sammen med. Samtidig kan manglende etterlevelse av krav knyttet til opphold øke risikoen for importsmitte til Norge.

Det har de siste ukene vært en stor økning i antall tilfeller i de fleste land i Europa, men også i Norge. En lemping av tiltak på dette området er trolig på nåværende tidspunkt lite gunstig. Det forberedes innstramminger, inkludert mulighet for ytterligere tiltak for å redusere unødvendige reiser til områder med økt smittespredning.

Konklusjon: FHI vurderer at det ikke er gunstig å lempe på kravene om innreisekarantene for personer med fritidseiendom i Norden på nåværende tidspunkt.

Helsedirektoratet sluttet seg til Folkehelseinstituttets vurderinger i sitt svar den 3. november.

Etter lagmannsrettens syn viser dette at myndighetene har vurdert sentrale deler av det som også er hovedelementer i de rettslige forholdsmessighetsvurderingene som må foretas etter de menneskerettslige bestemmelsene. Det er riktignok ikke gjort med uttrykkelig referanse til de rettslige standardene som er fremhevet i særlig EMDs praksis, men det kreves heller ikke, så lenge substansen vurderes. I sine forklaringer for lagmannsretten har videre statsråd Høie og direktørene Guldvog og Stoltenberg utdypet de vurderinger som er gjort, særlig hvorfor konklusjonen i svarene til oppdrag 185 og 209, er ulike, og mer generelt hvilke vurderinger som har blitt gjort vedrørende muligheten for et mer omfattende unntak for hytteeierne. Begrunnelsen er i korte trekk slik:

I løpet av sommeren og første del av høsten 2020 sank smittetrykket både i Norge og omkringliggende land. Det ble derfor gjort lettelsener i interne tiltak og åpnet opp for innreise fra flere områder uten krav om karanteneplikt. Samtidig ble det innført klare råd og anbefalinger om å unngå nærkontakt med andre, ikke reise utenlands, ikke oppsøke arrangementer eller folkemengder, osv. Statsråd Høie og direktørene Guldvog og Stoltenberg har beskrevet dette som en tillitsbasert strategi. Utover høsten 2020 steg imidlertid smittetrykket i Norge betydelig. Helsemyndighetene vurderte dette som et klart tegn på at den tillitsbaserte strategien ikke virket. Det ble derfor ansett nødvendig å innføre nye, strengere og mer forpliktende tiltak. Mellom oppdrag 185 og 209 steg også smittetrykket i Sverige betydelig. Dette var den vesentlige bakgrunnen for at hverken fagmyndighetene eller regjeringen anså det forsvarlig å gi hytteeierne et mer omfattende unntak. Siden den gang har smittetrykket i Sverige vært kontinuerlig høyt, og alle regionene i Sverige har vært omfattet av vedlegg A til Covid-19-forskriften. Det har derfor i tiden etter oppdrag 209 ikke vært noen grunn til å gjøre en fornyet vurdering av karanteneplikten for den særskilte gruppen denne saken gjelder.

Både fagmyndighetene og statsråd Høie sa seg enige med hytteeierne i, slik det også fremgår av vurderingene som er gjengitt over, at dersom hytteeierne ved besøk på hyttene unngår nærkontakt med andre og bruker egen transport, er risikoen for importsmitte liten. Bakgrunnen for at man ikke ga og heller ikke vil gi hytteeierne et mer omfattende unntak, er særlig risikoen for manglende etterlevelse, kombinert med manglende kontroll-

muligheter, og hensynet til å bevare respekten for den generelle hovedregelen ved å ha så få unntak som mulig.

Hytteeierne har innvendt at det er svært liten risiko for at denne gruppen, og i alle fall ikke hytteeierne som er parter i saken her, vil bryte påbudene om å unngå nærkontakt og benytte eget transportmiddel til og fra hyttene.

Vurderinger av risiko for manglende regeletterlevelse er en vanskelig øvelse som det alltid vil være knyttet usikkerhet til. Etter lagmannsrettens syn er fagmyndighetene i Helsedirektoratet og Folkehelseinstituttet som utgangspunkt nærmere og bedre rustet enn domstolene til å vurdere denne risikoen. Lagmannsretten er samtidig enig med staten i at risikoen for manglende regeletterlevelse ikke bare kan vurderes på gruppenivå, i dette tilfellet hytteeierne, men må vurderes i lys av risikoen for manglende etterlevelse av regelverket som helhet. I denne sammenheng er det derfor relevant å legge vekt på, som helsemyndighetene og regjeringen har gjort, at unntak for noen grupper kan bli oppfattet som urimelig av andre grupper, noe som igjen kan øke risikoen for manglende regeletterlevelse i andre grupper.

Det er også relevant å legge vekt på at hytteeierne er en stor gruppe. Det er opplyst at beboere i Norge eier omkring 12 400 hytter i Sverige. Hvis det konservativt legges til grunn at det i hver husstand som eier en hytte, bor tre personer, vil det innebære at omkring 37 000 personer kan besøke hytter i Sverige. Antallet medfører i seg selv større risiko for at noen innenfor denne gruppen ikke etterlever kravene om å unngå nærkontakt og bruk av egen transport. Det medfører også større risiko for at det kan oppleves urimelig av øvrige grupper som eventuelt ikke blir innvilget unntak. Unntak for denne gruppen kan derfor føre til manglende regeletterlevelse av andre grupper. I lys av de mer generelle erfaringene fra sommeren og høsten 2020 og de legitime formålene som det generelle regelverket skal vareta, anser lagmannsretten at helsemyndighetene og regjeringen har truffet en rimelig balanse mellom de risikovurderinger som må foretas.

Hytteeierne har pekt på ulike ordninger, tiltak og justeringer som kan føre til at det gjøres mildere inngrep overfor hytteeierne, for eksempel moderat å utvide lengden man kan oppholde seg på hytten uten karanteneplikt. Hytteeierne har også pekt på at områdene i forskriften vedlegg A, fastsettes på regionnivå, og at det er en for grovmasket metode. Fastsettelse på kommunenivå vil gi et mer realistisk bilde av smittetrykket i områdene hyttene ligger i. På lignende vis har hytteeierne pekt på at en individuell dispensasjonsordning vil sikre smittevernet og samtidig gi dispensasjon til de som på individuelt nivå kan sannsynliggjøre at besøk på deres hytter ikke vil medføre noen smitterisiko. Lagmannsretten er imidlertid enig med staten i at det er legitimt å etablere et klart og tydelig generelt regelverk med så få unntak som mulig. Sett i lys av at inngrepene i hytteeiernes grunnleggende rettigheter ikke er blant de mest tyngende inngrepene og heller ikke griper inn i kjernen av hytteeiernes menneskerettigheter, jf. redegjørelsen over, og

behovet for et tydelig og klart generelt regelverk med få unntak, har helsemyndighetene og regjeringen truffet en rimelig balanse mellom inngrepene i hytteeiernes grunnleggende rettigheter og hensynet til å beskytte liv, helse og økonomi. Det er derfor heller ikke uforholdsmessig overfor hytteeierne at de ikke er innvilget videre unntak enn det de allerede er innvilget.

Lagmannsretten tilføyer at det heller ikke er grunnlag for å innvilge hytteeierne som er parter i saken her særskilte unntak. Lagmannsretten kan ikke se at disse hytteeierne rammes særlig hardt, og på en slik måte, at de må innvilges et særskilt unntak fra det generelle regelverket.

Reglene om karantenehotell og tiden inngrepene har vart, gjør inngrepene mer inngripende. På nåværende tidspunkt kan imidlertid ikke det ikke føre til at vurderingene av forholdsmessigheten må slå annerledes ut.

Etter lagmannsrettens syn hadde det vært en fordel om staten hadde vurdert inngrepene i hytteeiernes grunnleggende rettigheter mer uttrykkelig med referanse til Grunnloven og EMK og de rettslige vurderingstemaer som er stilt opp i særlig EMDs og Høyesteretts praksis. Det kunne gjort det enklere for hytteeierne å akseptere og forstå hvorfor inngrepene anses rettferdiggjort. Det kan imidlertid ikke føre til at inngrepene materielt sett er uforholdsmessige.

Lagmannsretten konkluderer etter dette med at det ikke foreligger krenkelser av Grunnloven §§ 102 eller 106, EMK artikkel 8 nr. 1, EMK P1 artikkel 1 eller EMK P4 artikkel 2.

3.5 Grunnloven § 98 andre ledd og EMK artikkel 14

Grunnloven § 98 andre ledd og EMK artikkel 14 verner mot usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling. Bestemmelsene har noe ulikt virkeområde. Mens bestemmelsen i Grunnloven § 98 andre ledd fastsetter helt generelt at intet menneske må utsettes for «usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling», er EMK artikkel 14 begrenset til å sikre mot «diskriminering» under utøvelsen av rettighetene i EMK på nærmere angitt grunnlag slik som «rase, farge, språk, religion, politisk eller annen oppfatning, nasjonal eller sosial opprinnelse, tilknytning til en nasjonal minoritet, eiendom, fødsel eller annen status». Det kreves imidlertid ikke at øvrige rettigheter i EMK faktisk er krenket. Det er tilstrekkelig at man er innenfor «the ambit» av en eller flere rettigheter. På lignende vis som etter Grunnloven § 98 andre ledd er det videre bare usaklig og uforholdsmessig diskriminering som rammes, jf. for eksempel *Fábián v. Ungarn*, storkammer 5. september 2017 (nr. 78117/13) avsnitt 112 og 113.

Hytteeierne anfører at det er en usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling og diskriminering at norske hytteeiere ikke må i karantene etter å ha besøkt sine hytter. Etter lagmannsrettens oppfatning er det imidlertid vesentlige forskjeller mellom å eie hytte i Norge og Sverige, og for så vidt eiere av fritidsboliger i ethvert annet utland, som gjør at forskjellsbehandlingen hverken er usaklig eller uforholdsmessig.

For det første er ikke hytteeiere med hytte i Norge i tilsvarende situasjoner som hytteeiere med hytte i Sverige. Forutsetningen for at hytteeiere med hytte i Sverige må i innreisekarantene, er at de har besøkt et område som har et smittetrykk som medfører fare for importsmitte, herunder at nye varianter av viruset bringes inn i landet.

For det andre, og i forlengelse av det første, har ikke norske myndigheter samme kontroll- og sanksjonsmuligheter overfor personer som oppholder seg i utlandet, selv om de bor i Norge.

Lagmannsretten har etter dette kommet til at de omtvistede forskriftsreglene heller ikke har krenket eller krenker hytteeierens rettigheter etter EMK artikkel 14 eller Grunnloven § 98 andre ledd.

4. Brudd på EØS-retten?

Hytteeierne anfører at de omtvistede forskriftsreglene bryter med de grunnleggende reglene om fri flyt av personer, kapital, tjenester og varer. Hytteeierne anfører at alle frihetene er brutt, men at det er mest nærliggende å forankre inngrepet i reglene om fri flyt av tjenester. Staten anfører derimot at reglene om fri bevegelighet av personer er *lex specialis* og at forholdet bare kan vurderes etter disse reglene. Etter statens syn må det videre tas utgangspunkt i unionsborgerdirektivet (direktiv 2004/38).

Etter lagmannsrettens syn er det ikke nødvendig å ta stilling til om noen av frihetene er *lex specialis* i saken her. Det er heller ikke nødvendig å ta stilling til om de omtvistede forskriftsreglene innehar et grenseoverskridende element som gjør at EØS-rettens friheter eventuelt kommer til anvendelse. Eventuelle inngrep i alle frihetene kan på lignende vis som under EMK rettferdiggjøres dersom de varetar legitime formål og er forholdsmessige, jf. for eksempel EØS-avtalen artikkel 13, 28 nr. 3 og 33. Etter lagmannsrettens syn er det ikke tvilsomt at når inngrepene i menneskerettighetene kan anses rettferdiggjort av hensyn til å sikre liv, helse og økonomi, må også eventuelle inngrep i de fire frihetene anses rettferdiggjort, jf. for eksempel E-16/10 Philip Morris avsnitt 77–83.

På lignende vis som under EMK artikkel 14 og Grunnloven § 98 andre ledd, kan heller ikke en eventuell forskjellsbehandling være usaklig eller uforholdsmessig etter EØS-avtalen artikkel 4. Dette gjelder i alle fall den forskjellsbehandlingen – det at personer med hytte i Norge ikke må i karantene – som hytteeierne i denne saken har vist til.

Andre problemstillinger knyttet til EØS-avtalens regler om fri flyt av personer, tjenester, kapital og varer har ikke lagmannsretten hatt foranledning til å vurdere.

5. Forskriftens gyldighet

5.1 Adgang til å få dom for at en forskrift er ugyldig

Under den tidligere tvistemålsloven var det tvilsomt om det var adgang til å få dom for at en forskrift var ugyldig, jf. for eksempel Rt-1984-1488 (Burhøns I). Etter tvisteloven § 1-3 er det imidlertid en viss adgang til å få dom for gyldigheten av en forskrift, men slik at det er tale om en legalitetskontroll. Den enkelte saksøker må videre fortsatt sannsynliggjøre et reelt behov for å få dom for at forskriften eller deler av den skal kjennes ugyldig, jf. for eksempel Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 142–143 og 364.

Lagmannsretten er enig med hytteeierne i at de omtvistede delene av forskriften retter seg mot en avgrenset personkrets og at enkeltstående hytteeiere i prinsippet bør kunne få dom for at de delene av forskriften som retter seg mot hytteeierne er ugyldig, jf. i den retning Rt-2006-1042 avsnitt 25. Det for så vidt heller ikke bestridt av staten. Det kan likevel være tvilsomt om domstolene kan gi dom for ugyldighet med slik slutning som tingretten har gjort.

Lagmannsretten viser til at de omtvistede delene av forskriften bygger på en hovedregel om innreisekarantene for alle som kommer fra områder med høyt smittetrykk (slik som fastsatt i forskriften vedlegg A), jf. forskriften § 4 første ledd bokstav a. Det er fastsatt et begrenset antall begunstigende unntak i forskriften §§ 6a–6l. Hytteeierne krever, og tingretten har gitt dom for, at en begrenset del av ett av unntakene skal kjennes ugyldig. Det innebærer, etter hytteeiernes syn, at hovedregelen vil bestå, men at hytteeierne får et videre unntak enn det som gjelder i dag.

Det er imidlertid flere problemer med en slik tilnærming.

For det første er det vanskelig å vurdere hovedregel og unntak isolert fra hverandre. Et unntak må alltid leses i lys av hovedregelen. Hvilke begunstigende unntak som skal gis fra en gyldig hovedregel, og i alle fall en svært vidtrekkende hovedregel som i saken her, vil dessuten være underlagt et skjønn. Dette skjønn må som det klare utgangspunkt tilligge regelgiverne. Dersom domstolene skal kunne kjenne et slikt unntak, og i alle fall bare deler av unntaket, ugyldig, vil domstolene reelt sett ikke bare ha kjent en del av en forskrift ugyldig, men også laget en ny regel. Det er en oppgave som, i alle fall som det klare utgangspunkt, må tilligge regelgiverne. På lignende vis har derfor domstolene begrenset kompetanse til å avsi dom for realiteten i saker som gjelder gyldigheten av enkeltvedtak, jf. for eksempel Rt-2001-996.

For det andre, og i forlengelsen av det første, vil den regelen som gjenstår dersom tingrettens dom blir stående, ha et uklart innhold og rekkevidde. Det omtvistede unntaket i forskriften § 6a første ledd bokstav b lyder i dag:

Følgende personer er unntatt innreisekarantene i både arbeidstiden og fritiden:

- b. de som ankommer Norge etter å ha utført strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader på fast eiendom, båt, campingvogn og lignende i områder i Sverige eller Finland med karanteneplikt etter vedlegg A, uten å bruke offentlig transport, uten å overnatte der og uten å ha nærkontakt med andre enn dem de bor sammen med.

Hytteeierne anfører, og tingretten har gitt dom for, at unntaket er ugyldig for så vidt gjelder vilkåret om at den som ankommer ikke skal ha overnattet på eiendommen og vilkåret om at formålet med reisen skal være «strengt nødvendig vedlikehold og tilsyn for å avverge store materielle skader». Men for at unntaket bare skal omfatte hytteeiere, må det skrives om. Dersom det ikke gjøres, vil unntaket omfatte alle som kommer fra Sverige eller Finland i eget transportmiddel og ikke har hatt nærkontakt med andre. Det må også angis hva hytteeierne som ankommer Norge må ha gjort i Sverige, for eksempel besøke, oppsøke eller utføre vedlikehold på fast eiendom, båt eller campingvogn. Dette forsterker karakteren av at hytteeierne ikke bare ber lagmannsretten om å kjenne en regel delvis ugyldig, men også å lage en ny regel.

For lagmannsretten er det imidlertid ikke nødvendig å ta uttrykkelig stilling til om hytteeierne kan få dom for ugyldighet med slik slutning som i tingretten. Lagmannsretten har funnet det klart at forskriften uansett er gyldig, jf. tvisteloven § 9-6 tredje ledd siste punktum.

5.2 Materiell kompetansemangel?

Ved prøvingen av om de omtvistede delene av forskriften er ugyldig på grunn av materiell kompetansemangel, kan det være tvilsomt om domstolene må foreta en nåtidsvurdering eller legge faktum på vedtakstidspunktet til grunn.

Lagmannsretten kan ikke se at spørsmålet er avklart i høyesterettspraksis, slik som tilfellet er med domstolenes prøving av enkeltvedtak, jf. Rt-2012-1985, Rt-2012-2039 og Rt-2015-1388. Den eldre rettspraksisen som staten har vist til, gir ikke noen veiledning av betydning for situasjonen under tvisteloven.

Lagmannsretten er enig med staten i at enkelte av de hensyn som gjør seg gjeldende ved prøving av enkeltvedtak, gjør seg gjeldende også ved prøving av forskrifter. Det gjelder særlig hensynet til at domstolene skal kontrollere forvaltningen, men ikke utøve

virksomhet som naturlig hører under forvaltningen i første hånd, jf. også punkt 5.1 over. Men det er også forskjeller mellom enkeltvedtak og forskrifter som kan tilsi ulike løsninger. Forskrifter gjelder rettigheter eller plikter til et ubestemt antall eller en ubestemt krets av personer, mens enkeltvedtak gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer, jf. forvaltningsloven § 2 første ledd bokstav b og c. Forskriften gir derfor uttrykk for en løpende og generell regulering. Ved forskrifter som er hjemlet i smittevernloven § 4-3, jf. § 1-5, og i alle fall covid-19-forskriften, har det videre vært og vil være nødvendig å gjøre hyppige endringer. Det kan derfor også tenkes at samme bestemmelse må vurderes etter ulike vedtakstidspunkt, i alle fall dersom statens standpunkt skal tas på ordet. Staten har også plikt til å foreta løpende vurderinger av om tiltakene er nødvendige og forholdsmessige, herunder om tiltakene må lempes eller fjernes, både etter smittevernloven § 1-5 og i lys av grunnleggende menneskerettslige forpliktelser, jf. også Prop. 130 L (2019–2020) punkt 4.2.2. Resultatet av en slik vurdering kan – ved skjønnsmessige bestemmelser i forskriften – endre seg over tid. Dette kan tilsi at domstolene foretar en nåtidsvurdering. En slik kontroll kan imidlertid også legge uheldige føringer fremover i tid, dersom tiltaket, på grunn av endringer i situasjonen, igjen oppfyller kravene i hjemmelsloven.

Etter lagmannsrettens syn er det imidlertid hverken nødvendig eller hensiktsmessig å ta uttrykkelig stilling til hvilket faktumtidspunkt som må legges til grunn ved domstolenes prøving av gyldigheten. Spørsmålet er tvilsomt og lagmannsretten anser det klart at forskriften er og har vært gyldig i hele perioden den har vært virksom. Det er derfor heller ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til statens prinsipale krav om avvisning, jf. tvisteloven § 9-6 tredje ledd siste punktum.

Det er ikke tvilsomt at de omtvistede delene av forskriften ligger innenfor rammen av smittevernloven § 4-3 første ledd, som lyder:

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, smittesanering og dokumentasjon i forbindelse med innreise til og utreise fra Norge og i forbindelse med inn- og utførsel av varer.

Smittevernloven § 4-3 første ledd må imidlertid leses i lys av smittevernloven § 1-5 første ledd, som lyder:

Smitteverntiltak etter loven skal være basert på en klar medisinskfaglig begrunnelse, være nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering. Ved iverksettelse av smitteverntiltak skal det legges vekt på frivillig medvirkning fra den eller de tiltaket gjelder.

Kravene i smittevernloven § 1-5 må videre leses i lys av de krav som stilles etter Grunnloven, EMK og EØS-retten.

Ved prøvingen av vilkårene i smittevernloven § 1-5, må hvert vilkår som utgangspunkt vurderes individuelt. Staten har anført at retten har full prøvingskompetanse når det gjelder kravene om «klar medisinskfaglig begrunnelse» og at smitteverntiltaket er «nødvendig av hensyn til smittevernet», men at retten bør utvise en viss tilbakeholdenhet ved prøvingen da fagmyndighetene er nærmere til å vurdere slik forhold. Lagmannsretten er som utgangspunkt enig i dette. Staten har videre anført at lagmannsretten bare i begrenset grad kan prøve om vilkåret var «tjenlig etter en helhetsvurdering» da vilkåret gir anvisning på en bred, skjønnsmessig helhetsvurdering av utpreget politisk karakter. Lagmannsretten er enig med staten i at vilkåret som sådant gir uttrykk for et fritt forvaltningsskjønn som domstolene som utgangspunkt ikke kan prøve, utover å vurdere om grensene for skjønnsutøvelsen er overskredet. I saker hvor det foreligger prosedable anførsler om menneskerettsbrudd, må imidlertid domstolene uansett prøve om smitteverntiltaket krenker menneskerettighetene. Det innebærer at domstolene under enhver omstendighet må foreta en bredere forholdsmessighetsvurdering, slik lagmannsretten har gjort i punkt 3.4 over.

Etter lagmannsrettens syn har de omtvistede smitteverntiltakene en klar medisinskfaglig begrunnelse og har vært og er nødvendige av hensyn til smittevernet. Begrunnelsen har, siden tiltakene ble innført i mars og april 2020, vært å motvirke importsmitte av Covid-19. Dette er legitime formål, jf. punkt 3.3 ovenfor. Tiltakene har hele tiden vært og er fortsatt egnet til å oppnå formålene. Vurderingene på dette punkt blir for alle praktiske formål den samme som ved forholdsmessighetsvurderingen ved spørsmålet om brudd på bestemmelsene i EMK og Grunnloven. Lagmannsretten nøyer seg derfor her med å vise til drøftelsen om dette i punkt 3.4 over. Tiltakene har heller ikke på noe tidspunkt krenket grunnleggende menneskerettigheter eller EØS-retten, jf. punkt 3 og 4 over. De omtvistede delene av forskriften kan da heller ikke, vurdert ut fra faktum på noen av de tidspunktene som hytteeierne har anført, kjennes ugyldig på grunn av materiell kompetansemangel.

5.3 Saksbehandlingsfeil?

Ved prøvingen av om de omtvistede delene av forskriften er ugyldig på grunn av saksbehandlingsfeil er det sentrale, uavhengig av hvilken saksbehandlingsfeil som anføres å medføre ugyldighet, å avgjøre om saksbehandlingen frem mot et vedtakstidspunkt tilfredstilte lovens krav og om eventuelle feil kan ha innvirket i tilstrekkelig grad på forskriftens innhold. Saksbehandlingen må videre i prinsippet vurderes for hver enkelt regelendring.

Hytteeierne har anført at det foreligger en rekke saksbehandlingsfeil som gjør at de omtvistede delene av forskriften må kjennes ugyldig. Det er vist til mangelfull utredning, særlig av forholdsmessigheten til inngrepene i Grunnloven, EMK og EØS-avtalen. Det er

også vist til at forskriften ikke har blitt sendt på høring og at hytteeierne ikke har blitt tilstrekkelig involvert. Et sentralt punkt for hytteeierne er også at det, etter deres syn, ikke er gitt noen begrunnelse for inngrepene. Etter hytteeiernes syn må det, i alle fall ved inngripende tiltak, gis en skriftlig begrunnelse.

Etter lagmannsrettens syn gjelder det ikke uttrykkelige og selvstendig krav til saksbehandlingen ved forskrifter eller lover etter Grunnloven eller EMK, jf. punkt 2 over. Ved vurderingene av om inngrepene i EMK og Grunnloven er forholdsmessige, må imidlertid saksbehandlingen tas i betraktning. Det samme gjelder etter EØS-retten. Lagmannsretten har kommet til at det ikke foreligger krenkelser av Grunnloven, EMK eller EØS-retten, jf. punkt 3 og 4 over. Forskriften er heller ikke ugyldig på grunn av materiell kompetansemangel, jf. punkt 5.2 over.

Forvaltningsloven § 37 stiller visse selvstendige krav til saksbehandlingen. Bestemmelsens første til fjerde ledd lyder:

Forvaltningsorganet skal påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes.

Offentlige og private institusjoner og organisasjoner for de erverv, fag eller interessegrupper som forskriftene skal gjelde eller gjelder for eller hvis interesser særlig berøres, skal gis anledning til å uttale sig før forskriften blir utferdiget, endret eller opphevet. Så langt det trenges for å få saken allsidig opplyst, skal uttalelse også søkes innhentet fra andre.

Forvaltningsorganet bestemmer på hvilken måte forhåndsvarslingen skal foregå og kan sette frist for å gi uttalelse.

Forhåndsvarsling kan unnlates forsåvidt den:

- a) ikke vil være praktisk gjennomførlig, eller
- b) kan vanskeliggjøre gjennomføring av forskriften eller svekke dens effektivitet, eller
- c) må anses åpenbart unødvendig

Bestemmelsen inneholder ikke noe *krav til begrunnelse*. Lagmannsretten kan heller ikke se at det er grunnlag for å anvende forvaltningsloven §§ 24 og 25, som gjelder enkeltvedtak, analogisk, slik hytteeierne har anført.

Et minimum av begrunnelse kan imidlertid være en nødvendig forutsetning for at individer skal forstå vedtak (herunder lov- og forskriftsvedtak) og for at individene skal kunne virkeliggjøre sine grunnleggende rettigheter, slik disse er vernet i blant annet Grunnloven og EMK. Lagmannsretten anser derfor at det på ulovfestet grunnlag, særlig i lys av grunnleggende prinsipper om demokratisk deltagelse og muligheter til å påvirke særlig beslutninger som gjør inngrep i grunnleggende rettigheter, jf. blant annet Grunnloven §§ 2, 92 og 100 siste ledd, må kreves et minimum av begrunnelse. Dette må i alle fall gjelde ved

forskrifter som gjør inngrep i grunnleggende rettigheter. Det kan imidlertid ikke kreves at begrunnelsen uttrykkelig viser til bestemmelser i Grunnloven eller EMK eller tilsvarende vurderingstemaer som Høyesterett og EMD anvender, jf. punkt 3.4 over. Det kan heller ikke kreves at begrunnelsen kommer til uttrykk i en bestemt form. Kravene til begrunnelse må under enhver omstendighet tilpasses situasjonen og omstendighetene for øvrig. Dersom minimumskravene eventuelt ikke er oppfylt, er det heller ikke noen automatikk i at forskriften må kjennes ugyldig, jf. punkt 2 over og forvaltningsloven § 41.

Lagmannsretten er ikke i tvil om at minimumskravene til begrunnelse er oppfylt i saken her. Kravene til begrunnelse da forskriften ble vedtatt i mars 2020 og det omtvistede unntaket ble innført i april 2020, må avpasses i lys av den uoversiktlige situasjonen som da forelå. Deretter har statens myndigheter gitt begrunnelser på flere plan, også direkte til hytteeierne. Lagmannsretten viser særlig til vurderingene fra Folkehelseinstituttet og Helsedirektoratet som er publisert på regjeringens hjemmesider, herunder svarene til oppdrag 185 og 209 fra departementet, og som regjeringens vedtak bygger på, jf. også punkt 3.4 over. Opprettholdelsen av karanteneplikten i tiden etter oppdrag 209, bygger videre på at smittetrykket særlig i Sverige, i alle regioner, har vært vedvarende høyt. Myndighetene har videre foretatt kontinuerlige vurderinger av smittetrykket, slik det blant annet fremgår av forskriften vedlegg A. Innføringen av ordningen med karantenehotell er særskilt begrunnet i blant annet Prop. 62 L (2020–2021) og Prop. 162 L (2020–2021).

Forvaltningsloven § 37 første og andre ledd, jf. også tredje og fjerde ledd, stiller visse *krav til utredning og involvering* ved utarbeidelsen av forskrifter. Men kravet i første ledd kan ikke leses bokstavelig, jf. for eksempel Jan Frithjof Bernt, *Rettsstat eller forskriftsstat*, inntatt i *Festskrift til Inge Lorange Backer* (2016), side 66–86, på side 69. Allerede ordlyden «så godt opplyst som mulig», viser at kravene må avpasses situasjonen og omstendighetene. Som Bernt, samme sted side 70 og 71 understreker, er det også nær sammenheng mellom kravene i første og andre ledd.

Det at forskrifter fastsetter generelle regler, på lignende vis som lovvedtak, gjør videre at den nærmere saksbehandlingen og kravene i forvaltningsloven § 37, innen vide rammer, må bero på et politisk – og ikke rettslig overprøvbart – skjønn, jf. for eksempel Bernt, sitert over, side 69. Det medfører også at terskelen for når enkeltvedtak og forskrifter kan kjennes ugyldige på grunn av saksbehandlingsfeil, er ulik. Det henger ikke minst sammen med at det å kjenne en forskrift ugyldig, har virkning for en ubestemt krets av personer som ikke er parter i saken for domstolene. Prinsipielt utelukket er det imidlertid ikke.

Etter lagmannsrettens syn er kravene til utredning, høring og involvering i forvaltningsloven § 37 første og andre ledd oppfylt i saken her. Lagmannsretten viser til at kravene til utredning, høring og involvering ved vedtakelsen av forskriften i mars og april 2020 må avpasset etter den uoversiktlige situasjonen som da forelå. Deretter har særlig Folkehelseinstituttet og Helsedirektoratet foretatt omfattende og løpende vurderinger og

utredninger av innholdet i forskriften, herunder de omtvistede vilkårene slik det blant annet fremkommer av svarene på oppdrag 185 og 209, og av smittevernsituasjonen i ulike svenske regioner, slik det blant annet fremkommer av forskriften vedlegg A. Forskriften er ikke på noe tidspunkt sendt på formell høring, men berørte parter, herunder representanter for hytteeierne, har aktivt fremmet sine interesser overfor myndighetene og hatt anledning til å påvirke vedtakene, slik som blant annet tingrettens gjennomgåelse sitert over under punkt 3.4 viser.

Under enhver omstendighet er det ikke noe som tyder på at eventuell manglende utredning, høring eller involvering har hatt noen innvirkning på forskriftens innhold, jf. forvaltningsloven § 41. Statsråd Høie har under sin vitneforklaring redegjort for at det i lys av smittesituasjonen ikke på noe tidspunkt har vært aktuelt å endre reglene om innreisekarantene for hytteeierne.

6. Midlertidig forføyning

Hovedkravet er etter dette ikke sannsynliggjort. Hytteeierne kan da ikke gis medhold i kravet om midlertidig forføyning, jf. tvisteloven § 34-2 første ledd. Det foreligger ikke fare ved opphold som gjør at midlertidig forføyning kan besluttes selv om kravet ikke er sannsynliggjort, jf. tvisteloven § 34-2 andre ledd.

7. Konklusjon

Hytteeierne har ikke fått medhold i det prinsipale kravet om de omtvistede delene av forskriften er ugyldig. Det foreligger heller ikke krenkelser av Grunnloven, EMK eller EØS-retten. Hytteeierne kan da ikke gis medhold i de subsidiære kravene og påstandene. Statens anke over tingrettens dom har derfor ført frem, og staten skal frifinnes. Det er da ikke nødvendig for lagmannsretten å ta stilling til kravene om avvisning fremmet av staten, jf. tvisteloven § 9-6 tredje ledd siste punktum.

Hytteeierne har heller ikke fått medhold i kravet om midlertidig forføyning. Hytteeiernes anke over tingrettens kjennelse skal derfor forkastes.

8. Sakskostnader

Staten har vunnet både hovedsaken og saken om midlertidig forføyning fullstendig og har som utgangspunkt krav på full erstatning for sine nødvendige og rimelige sakskostnader både for tingrett og lagmannsrett, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd, jf. andre ledd, jf. § 20-5 første ledd, jf. § 20-9 andre ledd, jf. første ledd. Lagmannsretten har imidlertid kommet til at det foreligger tungtveiende grunner som gjør det rimelig at hytteeierne fritas for erstatningsansvar både for tingretten og lagmannsretten i begge sakene, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd. Lagmannsretten viser særlig til at saken har reist prinsipielle spørsmål som det har vært av betydning å få prøvd for domstolene.

Sakskostnader erstattes etter dette ikke, hverken for tingrett eller lagmannsrett.

Dommen er enstemmig.

SLUTNING

I hovedsaken, sak 21-041600ASD-BORG/01:

1. Staten ved Helse- og omsorgsdepartementet frifinnes.
2. Sakskostnader erstattes ikke.

I saken om midlertidig forføyning, sak 21-043037ASK-BORG/01:

1. Anken forkastes.
2. Sakskostnader for lagmannsretten erstattes ikke.

Dommen er undertegnet av lagdommer Reiertsen alene som bekrefter at rettens øvrige medlemmer har godkjent avgjørelsens innhold, jf. midlertidig lov 26. mai 2020 nr. 47 § 8 andre ledd.

Dokument i samsvar med undertegnet original.
Kevin Sollid Hermansen (signert elektronisk)

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling.

Hvis de blir tatt til behandling, er det som regel hvis spørsmålet har betydning utover den aktuelle saken, hvis andre hensyn taler for at anken bør prøves, eller hvis saken reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.