



# NOREGS HØGSTERETT

Den 29. januar 2008 ble det av Høgsterett, med dommarane Lund, Coward, Oftedal Broch, Utgård og Øie, i skriftleg sak

**HR-2008-00183-A, (sak nr. 2007/863), sivil sak, anke,**

Barlindhaug Eiendom AS (advokat Stig Rune Østgaard)

mot

Malthus AS (advokat Thorstein Furustøl)

sagt slik

D O M :

- (1) Saka gjeld spørsmålet om ein fagkunnig meddommar i lagmannsretten var inhabil etter domstollova § 108.
- (2) I april 2004 inngjekk Barlindhaug Eiendom AS som byggherre kontrakt med Malthus AS om oppføring av 12 bustader på Fagereng i Tromsø. Kontrakten var ein totalentreprise med Malthus som totalentreprenør, og kontraktssummen var kr 13 444 898.
- (3) Etter at husa vart ferdigstilte i november og desember 2004, oppstod det tvist om det økonomiske oppgjeret mellom partane. Den 21. juli 2005 tok Malthus ut stemning mot Barlindhaug Eiendom for Nord-Troms tingrett, med krav om betaling av kr 3 063 792 med tillegg av renter.
- (4) Nord-Troms tingrett, som var sett med to fagkunnige meddommarar, sa 27. april 2006 dom med slik slutning:

**”1. Barlindhaug Eiendom AS v/styrets formann dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale Malthus AS v/styrets formann kr 530 302 – femhundreogtredvetusentrehundreogto – med tillegg av forsinkelsesrente etter lov om renter ved forsinket betaling § 3 første ledd første punktum fra 19. februar 2005 og til betaling skjer.**

**2. Hver av partene bærer sine omkostninger.”**

- (5) Malthus anka dommen frå tingretten til Hålogaland lagmannsrett, og Barlindhaug Eiendom gav inn sjølvstendig motanke. Etter krav frå Malthus oppnemnde lagmannsretten fire fagkunnige meddommarar. Ein av dei var ingeniør Knut Bjørkum.
- (6) Ankeforhandlinga vart halden 15.-19. januar 2007. I brev 26. januar 2007 frå lagmannsretten vart partane informerte om at meddommar Bjørkum var bror til advokat Frank Bjørkum, som hadde representert Malthus på eit tidlegare tidspunkt i saka. I brevet vart det bedt om partane sitt syn på meddommaren sin habilitet.
- (7) I brev av 29. januar 2007 gjorde advokat Furustøl på vegner av Malthus gjeldande at ingeniør Bjørkum ikkje var inhabil. I brev av 9. februar frå Barlindhaug Eiendom sin prosessfullmektig, advokat Østgaard, heiter det:
- ”Ut i fra opplysninger gitt fra lagmannsrettens administrator den 7. februar 07 legges det til grunn at lagmannsretten vil uavhengig av partenes innspill til habilitetsspørsmålet avsi dom etter den gjennomførte hovedforhandling.**
- Ut i fra dette synes det heller ikke hensiktsmessig å fremme noen formell inhabilitetsinnsigelse til retten. Slik inhabilitetsinnsigelse vil eventuelt fremmes ved en anke.”**
- (8) Lagmannsretten sa 20. mars 2007 dom med slik slutning:
- ”1. Barlindhaug Eiendom AS v/styrets formann dømmes til innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse å betale Malthus AS v/styrets formann 1 242 446 – enmilliontohundreogførtitotusenfirehundreogførtiseks – kroner – med tillegg av lovens forsinkelsesrente etter lov om forsinket betaling § 3 første ledd første punktum fra 19.02.2005 og til betaling skjer.**
- 2. Hver av partene bærer sine omkostninger for tingretten og lagmannsretten.”**
- (9) Barlindhaug Eiendom AS har anka dommen frå lagmannsretten til Høgsterett. Anken gjeld prinsipalt saksbehandlinga, subsidiært bevisvurderinga og rettsbruken.
- (10) I orskurd 29. juni 2007 viste Høgsteretts kjæremålsutval anken over saksbehandlinga til Høgsterett. Det vart samtidig vedteke å overføre ankesaka til skriftleg behandling, jf. tvistemålslova § 380. Anken over bevisvurderinga og rettsbruken vart nekta fremja etter tvistemålslova § 373 tredje ledd nr. 2 og nr. 4.
- (11) *Barlindhaug Eiendom AS* har i korte trekk gjort gjeldande:
- (12) Dommen frå lagmannsretten må opphevast, då retten ikkje var lovleg samansett. Ingeniør Knut Bjørkum kunne ikkje vere fagkunnig meddommar når bror hans representerte ein av partane i saka på det tidspunktet saka vart reist for domstolane, jf. domstollova § 108.
- (13) Det var ankemotparten som foreslo ingeniør Knut Bjørkum oppnemnd som meddommar. Det er lite eigna til å vekke tillit at ankemotparten foreslo oppnemning av ein ingeniør som partsrepresentanten deira kjende til gjennom ei entreprenørforeining, og som var bror til ankemotparten sin tidligare advokat i same sak.

- (14) Det er påfallande at ingeniør Bjørkum ikkje skal ha oppdaga, verken gjennom ankeutdraget eller hovudforhandlinga, at broren hadde vore involvert i saka som advokat.
- (15) Inhabilitetsinnvendinga er ikkje prekludert etter domstollova § 111. Føresegna regulerer berre tilfelle der parten kjenner til omstenda det gjeld når rettsmøtet startar og likevel deltek i forhandlingane. I denne saka vart omstenda rundt meddommar Bjørkum sin habilitet først kjende etter at hovudforhandling var avslutta. Eit slikt tilfelle må likestillast med tilfelle der grunnlaget for inhabilitetsinnvendinga først blir kjent etter at dom er sagt.
- (16) Inhabilitet hos ein dommar etter domstollova § 108 fell ikkje bort ved at lagmannsretten held fram med handlinga av saka etter domstollova § 15.

(17) I ankeerklæringa er det sett fram slik påstand:

**”1. Dommen oppheves og saken hjemvises til ny behandling hos Hålogaland lagmannsrett.”**

- (18) I eit seinare prosesskrift er det også kravd sakskostnader for Høgsterett.
- (19) *Malthus AS* har i korte trekk gjort gjeldande:
- (20) Ingeniør Knut Bjørkum var ikkje inhabil til å gjere teneste som fagkunnig meddommar. Slektskap mellom ein meddommar og ein aktør i underretten kan ikkje i seg sjølv medføre inhabilitet etter domstollova § 108. Utanom slektskapen til advokat Frank Bjørkum er det ingen andre omstende som er eigna til å svekke tilliten til at ingeniør Bjørkum er uhilda som meddommar.
- (21) Ingeniør Bjørkum oppdaga ikkje på noko tidspunkt at broren hadde representert *Malthus AS* då stemninga var sendt tingretten. Det er også usannsynleg at nokon av meddommarane i lagmannsretten hadde lese stemninga i saka. Ankeutdraget for lagmannsretten var på 1034 sider, fordelt på fem band. Stemninga var tatt inn i band 4 på side 695 og utover.
- (22) Det må vektleggast at prosessfullmektigen til den ankande parten erklærde at han ikkje ville ”fremme noen formell inhabilitetsinnsigelse til retten” etter han hadde fått kjennskap om alle relevante omstende, jf. domstollova § 111. Hadde den ankande parten på dette tidspunktet sett fram krav om at ingeniør Bjørkum skulle vike sete, og hadde lagmannsretten funne at meddommaren var inhabil, ville lagmannsretten likevel kunne ha halde fram handlinga med dei resterande dommarane, jf. domstollova § 15.

(23) Det er nedlagt slik påstand:

**”1. Anken over saksbehandlingen forkastes.  
2. Lagmannsrettens dom stadfestes for øvrig.  
3. Barlindhaug Eiendom AS tilpliktes å erstatte Malthus AS sakens omkostninger i anken med tillegg av den rente som er fastsatt i medhold av forsinkelsesrentelovens § 3, 1. ledd regnet fra forfall til betaling skjer.”**

(24) *Høgsteretts syn på saka:*

- (25) Spørsmålet for Høgsterett er om ein fagkunnig meddommar i lagmannsretten var inhabil, slik at det ligg føre ein saksbehandlingsfeil. Feilen vil i så fall innebere at retten ikkje var lovleg samansett, og at dommen må opphevast, sjå tvistemålslova § 384 andre ledd nr. 1.
- (26) Det som er gjort gjeldande som inhabilitetsgrunn, er at ein av dei fagkunnige meddommarane for lagmannsretten er bror til den advokaten som tok ut stemning for tingretten på vegner av Malthus.
- (27) Det følgjer av domstollova § 106 nr. 7 at ein dommar er inhabil dersom ein bror av dommaren ”handler i saken for en part”. Føresegna fastset ikkje inhabilitet der broren *tidligare* har vore ein aktør i saka, slik § 106 nr. 6 fastset for dei tilfella der det er dommaren sjølv som ”har handlet” i saka for ein part. Dette inneber likevel ikkje at inhabilitet med bakgrunn i slektskapsforholdet er utelukka når slektingen tidligare har vore ein aktør i saka, men spørsmålet må då løysast etter den generelle føresegna i domstollova § 108, sjå mellom anna Rt. 1995 side 1867. Spørsmålet er då om det ligg føre ”særeigne omstendigheter” som er skikka til å ”svekke tilliten til hans uhildethet”.
- (28) Etter domstollova § 111 første ledd må den som vil krevje at nokon skal gå frå som dommar som inhabil, krevje det straks han får vite om dei særeigne omstenda. Etter domstollova § 111 andre ledd kan han ikkje lenger krevje det, når han har visst om dei særeigne omstenda, men likevel har delteke i forhandlingar for retten.
- (29) Fleirtalet i Høgsterett – *dommarane Lund, Oftedal Broch og Utgård* – er kome til at anken må føre fram.
- (30) I denne saka vart Barlindhaug Eiendom først etter at ankeforhandlingane var avslutta og saka vart teken opp til doms, merksam på at meddommar, ingeniør Knut Bjørkum, er bror til Malthus sin tidlegare prosessfullmektig, advokat Frank Bjørkum. Det må innebere at ein er utanfor området for domstollova § 111, jf. Rt. 1986 side 558 og Rt. 2004 side 1794 avsnitt 33, jf. Rt. 2004 side 1513 avsnitt 13. Det kan her også visast til Anders Bøhn: Domstoloven (2000) side 326 og Jens Edvin Skoghøy: Tvistemål (2001) side 127.
- (31) Etter dette legg fleirtalet til grunn at spørsmålet om habilitet må vurderast etter domstollova § 108 første punktum, utan at manglande innvendingar frå Barlindhaug då denne parten vart kjend med tilhøva etter at ankeforhandlingane var haldne, er relevante ved vurderinga.
- (32) Ingeniør Knut Bjørkum var ikkje inhabil etter opprekninga i domstollova § 106. Ein dommar eller meddommar vil såleis ikkje vere inhabil der ein bror tidlegare har vore prosessfullmektig med mindre det ligg føre særeigne omstende etter domstollova § 108.
- (33) Her vart Knut Bjørkum oppnemnt som fagkunnig meddommar etter forslag frå partane, og då dessutan slik at kvar av partane etter den underliggjande avtalen mellom desse hadde kome med forslag til to meddommarar. Ei slik løysing er neppe uvanleg i sivile saker som den aktuelle, og for skjønn er det også heimel for at retten til vanleg skal velje meddommarar som partane er samde om, jf. skjønnsprosesslova § 12 fjerde ledd. Når situasjonen er at kvar part kan påverke valet av meddommarar så sterkt, må prøvinga av habiliteten bli litt annleis enn om vedkomande av retten var oppnemnd eller trekt utan slikt direkte framlegg. Det er for så vidt også illustrerande at prosessfullmektigen til Barlindhaug i eit prosesskrift til Høgsterett opplyser at partane ved forslaga skulle

”besørge at ingen av meddommerne hadde noen forretningsmessige forbindelser med noen av partene ...”.

- (34) Det er her ikkje berre er spørsmål om den aktuelle dommaren er i ein situasjon der han kan vere påverka, men minst like mykje om tillit hos folk flest – medrekna dei som er partar i ei sak – til at domstolane er upartiske.
- (35) I saka er det snaue opplysningar om kva som var bakgrunnen for at Malthus kom med framlegg om oppnemning av den aktuelle ingeniøren som meddommar. Frå Malthus si side er det berre opplyst at selskapet hadde kjennskap til ingeniør Knut Bjørgum frå tidlegare gjennom entreprenørforeininga. Malthus har elles ikkje gitt opplysningar om tilhøvet til den tidlegare prosessfullmektigen, ut over at han ikkje hadde noko å gjere med den aktuelle saka etter at det kom inn ny prosessfullmektig. Barlindhaug Eiendom har vist til at ingeniør Bjørkum arbeider som konsulent i Vadsø kommune, og at avdelingskontoret for Malthus har sete i Tromsø. Samla sett er dei faktiske omstenda lite klarlagde frå Malthus.
- (36) Sjølv om det slik tilhøvet er framstilt frå Malthus, ikkje er noko konkret som tilseier ei inhabiliserande tilknytning, kan dette ikkje vere avgjerande. I ein situasjon der ein meddommar i realiteten er peika ut av den eine av partane, må det sentrale omsynet vere at folk flest må kunne ha tillit til rettens habilitet.
- (37) Etter fleirtalet sitt syn inneber dette at ingeniør Knut Bjørkum var inhabil etter domstolova § 108. Dommen frå lagmannsretten må då opphevast, jf. tvistemålslova § 384 andre ledd nr. 1.
- (38) Barlindhaug AS har kravd sakskostnader for Høgsterett med 52 388 kroner med tillegg av alminneleg ankegebyr, kr 10 320, i alt kr 62 708. Kravet bør takast til følgje, jf. tvistemålslova § 180 andre ledd, jf. § 172 første ledd.
- (39) Et mindretall – *dommerne Coward og Øie* – er kommet til at anken ikke kan føre frem.
- (40) Avgjørende etter § 108 er om ”andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”. Det er på det rene at inhabilitet etter § 108 ikke er avhengig av at det er fare for at dommeren faktisk lar seg påvirke av de særlige omstendighetene; som det fremgår av ordlyden er det tilstrekkelig at omstendighetene er egnet til å svekke tilliten utad til hans uhildethet.
- (41) I vår sak tok meddommerens bror, advokat Frank Bjørkum, i juli 2005 på vegne av Malthus ut stevning for tingretten mot Barlindhaug Eiendom. Men det er opplyst at hans oppdrag ble avsluttet allerede 27. september 2005, rett etter at motparten – etter flere fristutsettelse – hadde sendt tilsvaret 21. september. Ankesaken der meddommeren deltok, kom opp for lagmannsretten i januar 2007, nesten 16 måneder etter at oppdraget var avsluttet.
- (42) Meddommeren har opplyst at han ikke var klar over at broren hadde vært inne i saken som advokat. Prosessfullmektigen for Barlindhaug Eiendom har stilt spørsmål ved dette, mens Malthus’ prosessfullmektig har underbygd meddommerens opplysning med at saksdokumentene for lagmannsretten bestod av fem bind, på til sammen over 1 000 sider, og at stevningen var tatt inn i bind fire, fra side 695 og utover. I en slik situasjon kan

mindretallet ikke se noe påfallende ved at meddommeren ikke merket seg hvem som hadde tatt ut stevningen for Malthus, og legger derfor meddommerens opplysning til grunn. Han må likevel ha vært klar over brorens rolle i saken i god tid før dom ble avsagt; lagmannsretten opplyste om forholdet i brev til partene 26. januar 2007, mens dom først ble avsagt i mars.

- (43) Men uansett er det vanskelig å se at det at broren som advokat for Malthus halvannet år tidligere hadde tatt ut stevningen, skulle være egnet til å påvirke meddommerens holdning til saken i den ene eller den andre retning, når broren nå for lengst var ute av saken. Forutsatt at forholdet ble riktig fremstilt, burde det heller ikke være egnet til å svekke andres tillit til meddommerens uildethet. Dette taler dermed for at det ikke foreligger inhabilitet etter § 108.
- (44) Et mulig støtteargument er at Barlindhaug Eiendoms prosessfullmektig ikke ønsket å "fremme noen formell inhabilitetsinnsigelse til retten" som svar på lagmannsrettens henvendelse i januar 2007 etter at ankeforhandlingen var avsluttet.
- (45) Dette reiser for det første spørsmål om bestemmelsen i domstolloven § 111 om avskjæring av inhabilitetsinnsigelser kommer til anvendelse i denne situasjonen. I første ledd i bestemmelsen heter det at en part som vil kreve at noen skal utelukkes, "bør" gjøre det så snart han får vite om det forholdet som begrunner kravet. I andre ledd heter det at "[u]telukkelse etter § 108 kan han ikke lenger kræve, naar han har visst om de særegne omstændigheter, men allikevel har indlatt sig i forhandling for retten".
- (46) Lovgrunnen bak bestemmelsen er at en part som hovedregel ikke skal kunne avvende utfallet av en sak og ha habilitetsinnsigelsen i reserve dersom avgjørelsen går parten imot, se Bøhn: Domstolloven side 325. Ut fra lovgrunnen kan det være naturlig å forstå bestemmelsen slik at den også gjelder når parten blir klar over forholdet etter at rettsforhandlingene har startet. En avgjørelse i Rt. 1979 side 1607 må bygge på en slik forståelse. De samme hensynene gjør seg gjeldende også i situasjonen i vår sak, der retten gjør oppmerksom på spørsmålet etter at forhandlingene er avsluttet, men før saken er avgjort. Skoghøy: Tvistemål, 2. utgave, 2001 side 127 gir likevel uttrykk for at bestemmelsen ut fra ordlyden bare kan anvendes når parten har visst om de relevante omstendighetene ved rettsmøtets begynnelse. For straffesaker har Høyesterett lagt til grunn "... kravet på habile dommere i en straffesak [er] en så sentral rettssikkerhetsgaranti at domstolloven § 111 annet ledd ikke kan forstås slik at den avskjærer en tiltalts adgang til å påberope inhabilitet hos en dommer som ankegrunn", se Rt. 2004 side 1513 avsnitt 13, som det er vist til i Rt. 2004 side 1794 avsnitt 33. Uansett er det lagt til grunn at konsekvensen av at bestemmelsen kommer til anvendelse, i utgangspunktet bare er at det ved vurderingen av om det foreligger en inhabilitetsgrunn, skal ses bort fra om parten krever at dommeren viker sete. Hvis de omstendighetene som blir påberopt som grunnlag for inhabilitet, er slik at dommeren må anses inhabil uavhengig av hva partene mener, får § 111 andre ledd da ikke betydning. Se Skoghøy samme sted, med videre henvisninger.
- (47) Unnlatt påberopelse kan likevel telle med ved avgjørelsen av habilitetsspørsmålet, fordi det at omstendigheten ikke blir påberopt, normalt gjør den mindre "skikket til å svekke tilliten" til dommeren, se Bøhn side 328 med henvisning til Rt. 1992 side 1497. I den skjønsmessige vurderingen som må foretas i vår sak, bør det – uansett hvordan man forstår § 111 – ha en viss vekt at Barlindhaug Eiendom ikke ville påberope inhabilitet etter at retten hadde bedt om partenes syn på spørsmålet.

- (48) På den andre siden – altså til støtte for at det foreligger inhabilitet etter § 108 – har Barlindhaug Eiendom vist til at det var Malthus som foreslo den aktuelle meddommeren oppnevnt, og at deres partsrepresentant kjente til ham gjennom en entreprenørforening. Etter mindretallets mening kan dette ikke være momenter av særlig betydning, heller ikke når de ses i sammenheng med det omtalte slektskapsforholdet. Fagmiljøene i Norge er ofte ikke større enn at et alminnelig faglig bekjentskap med mulige sakkyndige meddommere må anses som vanlig.
- (49) Mindretallet er etter dette kommet til at meddommeren ikke bør anses som inhabil etter domstoloven § 108, og at anken over saksbehandlingen dermed ikke fører frem.
- (50) Dommen er gitt under slik dissens som det går fram av merknadene ovanfor.

#### DOMSSLUTNING:

1. Lagmannsrettens dom blir oppheva.
2. I sakskostnader for Høgsterett betaler Malthus AS til Barlindhaug Eiendom AS 62 708 – sekstitotusensjuhundreogåtte – kroner innan 2 – to – veker frå forkynninga av dommen.

Rett utskrift: