



NORGES HØYESTERETT

Den 11. juni 2009 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2009-01199-S, (sak nr. 2009/363), sivil sak, anke over beslutning,

Avante AS (advokat Stephan L. Jervell)

mot

Finsbråten Eiendom AS (advokat Bendik Christoffersen – til prøve)

HR-2009-01199-S, (sak nr. 2009/365), sivil sak, anke over beslutning,

Bjørn Finsbråten Bauer (advokat Stephan L. Jervell)

mot

Erik Finsbråten
Jan-Arne Finsbråten
Magne Finsbråten (advokat Bendik Christoffersen – til prøve)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Coward**: Det er reist spørsmål om habilitet for dommere i Høyesterett i sak nr. 2009/363 Avante AS mot Finsbråten Eiendom AS og sak nr. 2009/365 Bjørn Finsbråten Bauer mot Erik Finsbråten, Jan-Arne Finsbråten og Magne Finsbråten.
- (2) Begge sakene skal behandles av Høyesterett i storkammer. De gjelder lagmannsrettens beslutning om å nekte anke fremmet etter tvisteloven § 29-13 andre ledd, og

hovedspørsmålet er om det gjelder krav til begrunnelse av disse beslutningene ut fra Grunnloven eller internasjonale menneskerettskonvensjoner.

- (3) Regler om hvilke dommere som skal delta i storkammer, er gitt i forretningsordene for Høyesterett i storkammer, fastsatt av Høyesterett 12. desember 2007 i medhold av domstoloven § 8 jf. § 7 andre ledd. Det heter der:

”I saker som behandles av Høyesterett i storkammer, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd første punktum, deltar justitiarius. De øvrige dommerne tas ut ved loddtrekning. En dommer som er ugild, skal holdes utenfor loddtrekningen. Det samme gjelder for en dommer som med rimelig grunn ber seg fritatt for å delta i saken. Beslutning etter tredje og fjerde punktum treffes av justitiarius.”

- (4) Etter at Høyesteretts dommere hadde gitt opplysninger om forhold som kunne reise spørsmål om deres habilitet, loddtrekning var foretatt, og spørsmålet var lagt frem for partene, ble det besluttet at habilitetsspørsmål for justitiarius Tore Schei og dommer Arnfinn Bårdsen i de nevnte storkammersakene skulle behandles i et eget rettsmøte.

- (5) Justitiarius Schei har gitt slik redegjørelse til bruk for denne behandlingen:

”Jeg har funnet grunn til å reise spørsmål om min habilitet i disse sakene. Det er for det første på grunn av min deltakelse i Tvistemålsutvalget, som foreslo en regel lik den vi fikk i tvisteloven § 29-13 annet ledd. Dernest er det fordi prosessfullmektigen for ankemotparten i den ene saken som er advokat i det samme advokatfirmaet hvor min ektefelle er partner, er prøveadvokat.

Jeg ønsker ikke å gi uttrykk for noe syn på habilitetsspørsmålet, men vil av hensyn til de vurderinger som må foretas, gi noen opplysninger.

Så vidt jeg kan huske, var det under drøftelsene i Tvistemålsutvalget ikke fremme som en problemstilling om SP eller EMK kan forstås slik at det må gis en begrunnelse ved beslutning om ankenektelse etter det som ble tvisteloven § 29-13 annet ledd. Diskusjonstemaet var om det var grunn til i tvisteloven å ha en regel tilsvarende straffeprosessloven § 321 annet ledd.

Til det andre mulige grunnlaget for inhabilitet, vil jeg opplyse at min ektefelle, Kristine Schei, ikke har hatt noe med den konkrete saken å gjøre eller har noe kjennskap til den. Hun har ingen tilknytning til eller interesse i den konkrete tvisten eller utfallet av den. Hennes interesse i saken er begrenset til at en advokat fra Thommessen er til prøve og utfallet av denne prøven.”

- (6) Det er i tillegg opplyst at justitiarius Schei av forsiktighetsgrunner har unnlatt å delta i Høyesteretts behandling i avdeling av saker med prøveadvokat fra advokatfirmaet der Scheis ektefelle Kristine Schei er partner.

- (7) Dommer Bårdsen har opplyst:

”Foruten at jeg var med i Tvistemålsutvalget som i sin tid foreslo regelen, var jeg engasjert i den politiske behandlingen av saken i Stortinget. Som representant for dommerforeningen møtte jeg – sammen med leder Bjørn Solbakken – i justiskomiteen for å argumentere for nettopp denne silingsregelen og den silingsordning som også – i strid med regjeringens forslag – ble vedtatt for barnevernsaker.”

- (8) De ankende partene i de to sakene – *Avante AS* og *Bjørn Finsbråten Bauer* – har anført at saken reiser typer av habilitetsspørsmål som Høyesterett ikke har behandlet tidligere, og

de har lagt ned påstand om at både justitiarius Schei og dommer Bårdsen viker sete ved behandlingen av de to storkammersakene.

- (9) For både Schei og Bårdsen begrunnes dette for det første med deres deltakelse i Tvistemålsutvalget, det vil si som premissleverandører i lovgivningsprosessen. Avgjørende for vurderingen etter domstoloven § 108 er hvordan forholdet fremstår for omverdenen, ikke nødvendigvis for jurister. Utgangspunktet er riktignok at deltakelse i lovforarbeid ikke medfører inhabilitet. Men når forholdet til menneskerettskonvensjonene eller Grunnloven ikke er drøftet av Tvistemålsutvalget, kan dette bli oppfattet som en glipp fra deltakerne i utvalgsarbeidet, noe de kan ha en egeninteresse i å forsvare seg mot.
- (10) For det andre kommer det for Schei og Bårdsen til forhold som – både isolert og når de sees i sammenheng med deltakelsen i lovutvalget – må medføre inhabilitet. Bårdsen deltok under lovforberedelsen også som representant for Dommerforeningen i et møte med Stortingets justiskomité. For Schei kommer det forhold til at ankemotpartenes prosessfullmektig, som er prøveadvokat i storkammersakene, arbeider i advokatfirmaet der Scheis ektefelle er partner.
- (11) Ankemotpartene i de to sakene – *Finsbråten Eiendom AS, Erik Finsbråten, Jan-Arne Finsbråten og Magne Finsbråten* – har vist til tidligere høyesterettsavgjørelser om dommeres habilitet, og de har anført at ingen av de nevnte forhold kan medføre inhabilitet for justitiarius Schei og dommer Bårdsen.
- (12) *Jeg er kommet til at verken justitiarius Schei eller dommer Bårdsen kan anses inhabile til å delta i storkammersakene.*
- (13) For begge gjelder spørsmålet inhabilitet etter domstoloven § 108, det vil si om det foreligger ”særegne omstendigheter” som ”er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”. Sentralt for vurderingen i våre saker er ikke om dommerne faktisk vil kunne påvirkes av de særegne omstendighetene, men hvordan det tar seg ut for parter og alminnelige observatører. Spørsmålet er om det objektivt sett er rimelig og saklig grunn til å tvile på deres uhildethet.
- (14) Saken reiser for det første spørsmål om betydningen av Scheis og Bårdsens deltakelse i Tvistemålsutvalget, som utformet forslaget til tvisteloven, og da også reglene om lagmannsrettens adgang til å nekte anker fremmet. Schei var leder og Bårdsen medlem av utvalget. Den klare hovedregelen er at en dommer ikke er inhabil til å avgjøre rettsspørsmål knyttet til lover som han eller hun har deltatt i forberedelsen av, se Rt. 2008 side 1451 avsnitt 18. Det heter videre der at hvis slik deltakelse skal få følger for habiliteten som dommer, må det foreligge særlige forhold. Som eksempel nevnes saker der det har vært reist tvil om lovforslagets grunnlovsmessighet – det vises til at slike saker kan ha stor politisk betydning for den regjeringen som fremmer forslaget.
- (15) Noe slikt ”særlig forhold” som kan begrunne inhabilitet, kan jeg ikke se at deltakelsen i Tvistemålsutvalget utgjør for storkammersakene. Spørsmålet om lagmannsrettens adgang til å nekte anker fremmet – ”silingsadgangen” – var ett av en rekke spørsmål som ble tatt opp i Tvistemålsutvalgets omfattende utredning. Selv om man vanskelig kan snakke om et spørsmål av større politisk interesse, var det i den videre lovgivningsprosessen atskillig interesse knyttet til spørsmålet om en slik nektelsesadgang. Men det særlige spørsmålet om krav til begrunnelse av avgjørelsene, som nå er kommet

opp, var ikke fremme; det ble ikke berørt i utvalgsutredningen, og det ble heller ikke tatt opp av noen av høringsinstansene eller av departementet. En naturlig forklaring på at spørsmålet ikke ble drøftet, er at adgangen til å nekte sivile anker fremmet hadde sitt mønster i silingsordningen i straffesaker. Den var etablert flere år tidligere, og spørsmålet om det skulle kreves begrunnelse av nektelsesbeslutningene i straffesaker, var ikke blitt aktuelt da tvisteloven ble forberedt. Jeg mener etter dette at deltakelsen i Tvistemålsutvalget ikke er egnet til å skape tvil om justitarius Scheis eller dommer Bårdsens uhildethet i storkammersakene.

- (16) Som det har fremgått, deltok dommer Bårdsen også i lovforberedelsen av silingsadgangen i tvisteloven på en annen måte – som representant for Dommerforeningen i møte med justiskomiteen i Stortinget. Det er ingen opplysninger om at spørsmålet om krav til begrunnelse av avgjørelsene var et tema i dette møtet heller. Jeg kan da ikke se at dommer Bårdsens deltakelse på dette stadiet av lovforberedelsen kan gjøre ham inhabil i storkammersakene – verken om man ser på denne deltakelsen isolert, eller om man ser den i sammenheng med hans rolle som medlem av utvalget.
- (17) Det andre mulige inhabilitetsgrunnlaget for justitarius Schei har ikke tilknytning til lovforberedelsen, og må vurderes isolert fra hans rolle der. Det gjelder, som det har fremgått, at ankemotpartenes prosessfullmektig, som er prøveadvokat i storkammersakene, er ansatt advokat i advokatfirmaet der Scheis ektefelle er partner.
- (18) Jeg tar utgangspunkt i at Høyesterett i en beslutning fra 2004 – HR-2004-215-A – kom til at justitarius Schei ikke var inhabil til å delta i en sak alene fordi en partner fra Kristine Scheis advokatfirma var prosessfullmektig.
- (19) Det særlige spørsmålet som er reist nå, er knyttet til at en advokat fra dette firmaet er prøveadvokat for Høyesterett. Det er opplyst at justitarius Schei av forsiktighetsgrunner ikke har deltatt når Høyesterett i avdeling har behandlet saker med en slik prøveadvokat, og de ankende partene har anført at Høyesterett ikke kan fravike en slik praksis. Jeg er ikke enig i denne anførselen. Man kan i domstolene av forsiktighets- eller hensiktsmessighetsgrunner velge løsninger der habilitetsspørsmål ikke blir satt på spissen. Det kan ikke innebære at løsningene vil binde retten når formelle habilitetsspørsmål skal tas opp – slik det må gjøres for alle dommere i plenumssaker og for justitarius i storkammersaker. Habilitetsvurderingen må da foretas ut fra de alminnelige reglene.
- (20) I denne vurderingen kan jeg ikke se at prøveadvokaten fra ektefellens advokatfirma kan anses som en omstendighet som gjør justitarius Schei inhabil. Riktignok vurderer dommere i Høyesterett i noen tilfeller sin habilitet forskjellig når det gjelder rettsaken isolert, og når det deltar en prøveadvokat. Men grunnen er da gjerne at dommeren har et noe nærmere personlig bekjentskap med advokaten, som likevel ikke ville være nok til å begrunne inhabilitet hvis det ikke var for den mer forvaltningsrettslige bedømmelsen av prøveadvokatens prestasjon som dommerne i avdelingen skal foreta. Advokatfirmaet der Kristine Schei er partner, er et av landets største, og noe nærmere personlig bekjentskap med prøveadvokaten er det ikke tale om for justitarius Scheis vedkommende. Den interessen som advokatfirmaet kan ha i at advokaten består prøven, ser jeg som for fjern i forhold til utfallet av saken til at den kan ha nevneverdig vekt. – Vurderingen av justitarius Scheis habilitet må da bli den samme som i saken fra 2004 – han er ikke inhabil.

(21) Jeg stemmer etter dette for denne

K J E N N E L S E :

Justitiarius Schei og dommer Bårdsen er ikke inhabile i sak nr. 2009/363 og sak nr. 2009/365.

- | | | |
|------|--------------------------|--|
| (22) | Dommer Gussgard: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (23) | Dommer Tjomsland: | Likeså. |
| (24) | Dommer Flock: | Likeså. |
| (25) | Dommer Skoghøy: | Likeså. |
| (26) | Dommer Stabel: | Likeså. |
| (27) | Dommer Øie: | Likeså. |
| (28) | Dommer Tønder: | Likeså. |
| (29) | Dommer Endresen: | Likeså. |
| (30) | Dommer Indreberg: | Likeså. |
| (31) | Dommer Gjølstad: | Likeså. |

(32) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Justitiarius Schei og dommer Bårdsen er ikke inhabile i sak nr. 2009/363 og sak nr. 2009/365.

Riktig utskrift bekreftes: