



NORGES HØYESTERETT

Den 10. januar 2011 avsa Høyesterett dom i

HR-2011-00051-A, (sak nr. 2010/1202), sivil sak, anke over dom,

Faber Bygg AS

(advokat Bjørn Kvernberg – til prøve)

mot

Risa AS

(advokat Erling O. Lyngtveit)

STEMMEGIVNING :

- (1) Dommer **Skoghøy**: Anken gjelder saksbehandlingen ved tingretten og lagmannsretten ved avgjørelsen av en tvist mellom en hovedentreprenør og en underentreprenør etter utrasing i en byggegrop. De spørsmål Høyesterett skal ta stilling til, er om dommerne i lagmannsretten var habile, om en fagkyndig meddommer for tingretten var inhabil og om lagmannsretten kunne treffe realitetsavgjørelse etter at en av meddommerne hadde fratrudd som inhabil, jf. domstolloven § 15 første ledd.
- (2) Faber Bygg AS har vært hovedentreprenør ved oppføring av en bygning for Klostergården AS i Stavanger. Bygningen består av flere etasjer under bakkenivå, og før den kunne oppføres, måtte det gjennomføres betydelige utgravings- og sprengningsarbeider. Faber Bygg AS engasjerte Risa AS til å utføre grunnarbeidene som underentreprenør. Under gjennomføringen av grunnarbeidene raste deler av grunnen under gateløpet i Bergelandsgaten, som er en fylkesveg, ut og ned i byggegropen. Risa AS har hevdet at sikring av tilstøtende konstruksjoner var utført i henhold til beregninger som Sivilingeniør Albert Ølnes AS hadde foretatt på vegne av Faber Bygg AS, og at Faber Bygg AS gav Risa AS i oppdrag å rydde opp og foreta ytterligere sikring. Da opprydnings- og sikringsarbeidene var utført, utstedte Risa AS

faktura for arbeidene, som til sammen beløp seg til kr 3 017 901,25 inklusive merverdiavgift. Faber Bygg AS bestred ansvar, og ved stevning 14. juli 2008 anla Risa AS søksmål mot Faber Bygg AS ved Stavanger tingrett med krav om fullbyrdelsesdom for fakturabeløpet.

- (3) Tingretten, som var satt med to fagkyndige meddommere, kom i dom 17. juni 2009 til at det for de grunnarbeider som ble utført av Risa AS, var Faber Bygg AS som hadde prosjekteringsansvaret, og at det ikke var grunnlag for å overføre risikoen for utrasingen til Risa AS. På dette grunnlag ble Faber Bygg AS dømt til å betale for de opprydnings- og sikringsarbeider Risa AS hadde utført. Tingrettens dom har denne domsslutning:

- ”1. **Faber Bygg AS dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale kr. 3 017 901,25 – kronertremillionerogsyttentusennihundreogen 25/100 – til Risa AS med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra 27.12.2007 til betaling skjer.**
2. **Faber Bygg AS dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale saksomkostninger til Risa AS med kr. 261 192,- – kronertohundreogsekstientusenogethundreogntittito – med tillegg av forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven fra forfall til betaling skjer.”**

- (4) Faber Bygg AS anket til Gulating lagmannsrett. Anken rettet seg mot feil i rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen.
- (5) Under ankeforhandlingen for lagmannsretten, som også var satt med to fagkyndige meddommere, fremla Risa AS som nytt bevis en oppdragsbekreftelse av 16. mars 2006 fra Multiconsult AS til Risa AS. Denne var undertegnet av sivilingeniør Øyvind Riste, som hadde vært en av meddommerne for tingretten. Under henvisning til det oppdrag som Multiconsult AS i henhold til denne ordebekreftelsen hadde utført for Risa AS, gjorde Faber Bygg AS i prosedyren subsidiært gjeldende at Riste var inhabil som meddommer i tingretten, og at tingrettens dom derfor måtte oppheves.
- (6) Da Faber Bygg AS reiste spørsmål om Ristes habilitet, ble selskapet gjort oppmerksom på at også en av meddommerne for lagmannsretten, ingeniørgeolog Frode Siljeholm Arnesen, var ansatt i Multiconsult AS. I prosedyren for lagmannsretten fremsatte Faber Bygg AS krav om at Arnesen måtte fratres som inhabil.
- (7) Etter at saken var tatt opp til doms, men før rådslagningen, avsa lagmannsretten kjennelse for at Arnesen måtte vike sete. Deretter fratradte Arnesen. Under den videre behandling av saken var lagmannsretten sammensatt av tre fagdommere og én meddommer, jf. domstollloven § 15 første ledd.
- (8) Lagmannsretten kom i dom 26. mai 2010 til samme resultat som tingretten og tiltrådte med enkelte tilleggsbemerkninger ”i hovedtrekk” tingrettens domsgrunner.
- (9) Lagmannsrettens dom har denne domsslutning:

- ”1. **Anken forkastes.**
2. **I saksomkostninger for lagmannsretten betaler Faber Bygg AS til Risa AS kroner 219.352,- tohundreogntittentusentrehundreogfemtito 00/100 eks merverdiavgift innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.**

3. Faber Bygg AS pålegges å betale utgifter til fagkyndige meddommere for lagmannsrettens behandling.”

- (10) Saksforholdet er mer inngående beskrevet i tingrettens og lagmannsrettens dommer.
- (11) Faber Bygg AS har anket til Høyesterett. Anken retter seg prinsipalt mot saksbehandlingen og subsidiært mot rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. Som saksbehandlingsfeil blir det i anken påberopt at både tingretten og lagmannsretten hadde vært satt med én inhabil meddommer, og at lagmannsrettens domsgrunner var mangelfulle. Ved Høyesteretts ankeutvalgs beslutning 28. september 2010 ble anken tillatt fremmet ”for så vidt gjelder spørsmålene om inhabilitet”. For øvrig ble anken ikke tillatt fremmet.
- (12) Det er for Høyesterett fremlagt enkelte nye dokumenter. Stedfortrederen for Faber Bygg AS og to vitner har avgitt skriftlige erklæringer. Stedfortrederen og ett av vitnene avgav også forklaring for lagmannsretten. Det andre vitnet var til stede under ankeforhandlingen for lagmannsretten, men avgav ikke forklaring. Den forretningsforbindelse som har vært mellom Risa AS og Multiconsult AS, er bedre opplyst for Høyesterett enn for de tidligere instanser.
- (13) Den ankende part, *Faber Bygg AS*, har i korte trekk anført:
- (14) Den ene av meddommerne for tingretten, sivilingeniør Øyvind Riste, er ansatt i Multiconsult AS. Dette selskapet har over en lengre tidsperiode hatt en rekke oppdrag for Risa AS og har også hatt oppdrag for Risa AS knyttet til det aktuelle byggeprosjekt. Dessuten har Multiconsult AS hatt oppdrag for Statens vegvesen i forbindelse med skaden på Bergelandsgaten. I tillegg består et konkurranseforhold mellom Multiconsult AS og Sivilingeniør Albert Ølnes AS, som ved utførelsen av entreprisen for Klostergården AS har vært kontraktsmedhjelper for Faber Bygg AS. Disse omstendighetene må samlet føre til at Riste var inhabil som meddommer i tingretten, jf. domstoloven § 108.
- (15) Etter ankeforhandlingen i lagmannsretten måtte den geoteknisk fagkyndige meddommer, ingeniørgeolog Frode Siljeholm Arnesen, fratres som inhabil fordi han er ansatt i Multiconsult AS. Forretningsforbindelsen mellom Risa AS og Multiconsult AS ble kjent på ankeforhandlingens andre dag. Lagmannsretten skulle da umiddelbart av eget tiltak ha kjent Arnesen inhabil. Dette skjedde imidlertid ikke. Ankeforhandlingen for lagmannsretten varte fire dager, og det var først etter at saken ble tatt opp til doms, at Arnesen ble kjent inhabil og fratrådte. Ved at Arnesen deltok som meddommer under hele ankeforhandlingen, kan lagmannsrettens øvrige dommere være blitt påvirket av ham.
- (16) Selv om betingelsene etter domstoloven § 15 første ledd for å fortsette behandlingen med redusert antall dommere er oppfylt, har lagmannsretten ikke plikt til det; bestemmelsen gir bare adgang til å fortsette behandlingen. Under de foreliggende omstendigheter var det ikke forsvarlig av lagmannsretten å treffe realitetsavgjørelse med bare én fagkyndig meddommer. Da forretningsforbindelsen mellom Risa AS og Multiconsult AS ble kjent på ankeforhandlingens andre dag, burde videre forhandlinger ha vært avskåret og tingrettens dom med hovedforhandling ha vært opphevd.
- (17) Faber Bygg AS har nedlagt slik påstand:

- ”1. **Lagmannsrettens dom i saksnr. 09-159980ASD-GULA/AVD2 med hovedforhandling oppheves.**
2. **Stavanger tingrettes dom i saksnr. 08-109072TVI-STAV med hovedforhandling oppheves.**
3. **Faber Bygg tilkjennes saksomkostninger for tingrett, lagmannsrett og høyesterett.”**

- (18) Ankemotparten, *Risa AS*, har i korte trekk anført:
- (19) Multiconsult AS er et stort konsulentfirma med 19 kontorer og rundt 1 100 ansatte. Selskapets årlige omsetning har de siste årene ligget på rundt en milliard kroner. Øyvind Riste og Frode Siljeholm Arnesen er knyttet til forskjellige regionkontorer. Mens Riste er knyttet til regionkontoret i Stavanger, er Arnesen knyttet til regionkontoret i Bergen. Verken Riste eller Arnesen har hatt noen befatning med *Risa AS*' underentreprise i byggeprosjektet for *Klostergården AS*. Lagmannsretten kom til at Arnesen var inhabil, men det er ikke noe grunnlag for å hevde at hans forhold skal ha påvirket de øvrige dommeres habilitet. Partene bad lagmannsretten treffe realitetsavgjørelse, og det ble under ankeforhandlingen for lagmannsretten ikke gjort gjeldende at de øvrige dommerne var inhabile. Selv om en av de fagkyndige meddommerne hadde fratrukket, var det forsvarlig av lagmannsretten å treffe realitetsavgjørelse, da saken ikke ble avgjort på et geoteknisk, men på et kontraktsrettslig grunnlag.
- (20) Det er riktig at Multiconsult AS har hatt oppdrag både for *Risa AS* og Statens vegvesen, men selskapet har ikke hatt befatning med de problemstillinger som foreligger i denne saken. I sju av de oppdrag Multiconsult AS har hatt for *Risa AS*, har Riste vært kontaktperson, men har selv bare i begrenset grad deltatt ved utførelsen av oppdragene. Fakturaene for disse sju oppdragene beløper seg totalt til kr 233 275 eksklusive merverdiavgift, og sett i sammenheng med Multiconsults samlede omsetning, må dette karakteriseres som ”småpenger”.
- (21) Den omstendighet at Multiconsult AS og Sivilingeniør Albert Ølnes AS er konkurrenter, og Sivilingeniør Albert Ølnes AS har vært kontraktsmedhjelper for Faber Bygg AS, kan ikke medføre at en person som er ansatt i Multiconsult AS, ikke kan tjenestegjøre som meddommer. Det er også vanskelig å se at de oppdrag Multiconsult AS har hatt for Statens vegvesen, kan inhabilisere ansatte i Multiconsult AS.
- (22) Selv om Høyesterett skulle komme til at Riste var inhabil som meddommer i tingretten, er det ikke noen grunn til å oppheve lagmannsrettens dom. Retten til to-instansbehandling gir ikke rett til to feilfrie behandlinger, jf. tvisteloven § 29-22 andre ledd.
- (23) *Risa AS* har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Anken forkastes.**
 2. **Faber Bygg AS tilpliktes å erstatte *Risa AS* sakens omkostninger for Høyesterett.”**
- (24) *Mitt syn på saken*
- (25) Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.

- (26) Saken reiser tre problemstillinger. For det første er det spørsmål om den omstendighet at ingeniørgeolog Frode Siljeholm Arnesen deltok som meddommer for lagmannsretten under hele ankeforhandlingen og ikke fratrådte før umiddelbart før rådslagningen, medfører at lagmannsrettens øvrige dommere er blitt inhabile. For det andre er det spørsmål om sivilingeniør Øyvind Riste var inhabil som meddommer i tingretten. Dersom lagmannsretten var habil, men Riste var inhabil som meddommer i tingretten, blir det for det tredje spørsmål om det under de foreliggende omstendigheter var forsvarlig av lagmannsretten å treffe realitetsavgjørelse. Jeg behandler spørsmålene i den nevnte rekkefølge, men skal først kort redegjøre for vurderingstemaet ved avgjørelsen av dommerhabilitet.
- (27) Lagmannsrettens og Ristes habilitet som meddommer for tingretten må vurderes etter domstoloven § 108, som bestemmer:
- ”Dommer eller lagrettemedlem kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uheldethet. Navnlig gjelder dette, når en part av den grunn krever, at han skal vike sete.”**
- (28) Etter sikker rettspraksis ligger det ikke mer i bestemmelsens andre punktum enn at det ved vurderingen av om en dommer er inhabil, skal legges vekt på om noen av partene har fremsatt inhabilitetsinnsigelse. Det må også være en forutsetning for at en inhabilitetsinnsigelse skal tillegges vekt, at den er fremsatt før saken er avgjort i vedkommende instans. Det sentrale tema for inhabilitetsvurderingen etter domstoloven § 108 er hvorvidt det finnes omstendigheter som knytter dommeren til partene eller saken på en slik måte at det slik forholdene fremstår utad, kan reises tvil om dommerens nøytralitet eller uavhengighet (”skikket til å svekke tilliten”), se Skoghøy, *Twisteløsning*, 2010, side 146–147 med nærmere henvisninger til rettspraksis.
- (29) Med dette som bakgrunn går jeg over til å behandle *lagmannsrettens habilitet*.
- (30) Lagmannsrettens begrunnelse for å kjenne Arnesen inhabil var at Arnesen og Riste var ansatt i samme selskap, og at lagmannsretten skulle overprøve en dom som Riste hadde vært med på å avsi. Jeg er enig med lagmannsretten i at Arnesen på dette grunnlag var inhabil. Det følger av domstoloven § 10 andre ledd siste punktum at lagmannsretten ved ankebehandling ikke kan tilkalle dommere fra den tingrett som har behandlet saken i første instans. Begrunnelsen for bestemmelsen er at partene og allmennheten kan ha grunn til å trekke i tvil hvorvidt en dommer evner å opptre nøytralt ved overprøving av en avgjørelse som er truffet av en dommer som er ansatt i samme domstol, se Høyesteretts dom 22. desember 2010 (HR-2010-2202-A) avsnitt 28–29. Dette hensynet gjør seg gjeldende langt på veg på tilsvarende måte dersom en meddommer skal være med på å overprøve en avgjørelse som er truffet av en arbeidskollega som er ansatt i samme selskap. I vår sak kommer i tillegg at lagmannsretten blant annet skulle ta stilling til hvorvidt Riste på grunn av sitt arbeidsforhold i Multiconsult AS var inhabil som meddommer i tingretten. Selv om Riste og Arnesen er knyttet til forskjellige regionkontorer innenfor Multiconsult AS, finner jeg det klart at Arnesen under disse omstendigheter ikke kunne delta som meddommer i lagmannsretten.
- (31) Det er sikker rett at den omstendighet at én dommer ved en domstol er inhabil, ikke medfører at de øvrige dommerne blir inhabile. For at andre dommere skal bli inhabile, må det foreligge særlige omstendigheter.

- (32) I det foreliggende tilfellet fratrådte Arnesen som meddommer før rådslagningen, men han deltok under hele ankeforhandlingen, som gikk over fire dager. Det foreligger ingen opplysninger om i hvilken utstrekning realitetsspørsmål ble drøftet dommerne imellom før Arnesen fratrådte. For avgjørelsen av lagmannsrettens habilitet er det etter min mening ikke nødvendig å gjøre nærmere undersøkelser om dette. Selv om noen dommere skulle ha kommet med bemerkninger om realiteten under forhandlingens gang, ligger det i sakens natur at det er tale om foreløpige, uforpliktende synspunkter på grunnlag av det materiale som måtte foreligge på det tidspunkt. Når saken er ferdig prosedert, må dommere forutsettes å kunne ta selvstendig stilling til de spørsmål som de har fått seg forelagt – ubundet og upåvirket av foreløpige synspunkter som dommerne på et ufullstendig grunnlag måtte ha kommet med underveis. Forholdet kan imidlertid stille seg annerledes dersom avgjørelsen av saken krever spesialisert fagkunnskap, og det under ankebehandlingen har deltatt en inhabil fagkyndig meddommer. I slike tilfeller vil den inhabile meddommeren på grunn av sin faglige autoritet også ved løse, foreløpige bemerkninger under forhandlingens gang kunne ha øvd innflytelse på de øvrige dommernes standpunkt på en slik måte at også de blir inhabile.
- (33) Arnesen var oppnevnt som geoteknisk sakkyndig. Dersom saken hadde vært avgjort på et grunnlag som han hadde spesialisert faglig innsikt i, kunne det tenkes at hans inhabilitet hadde smittet over på de øvrige dommerne. Saken ble imidlertid ikke avgjort på et slikt grunnlag.
- (34) Tingretten avgjorde saken hovedsakelig ut fra hvem som i forholdet mellom Faber Bygg AS og Risa AS hadde prosjekteringsansvaret, og lagmannsretten tiltrådte ”i hovedtrekk” tingrettens begrunnelse. Dette er et rent kontraktsrettslig spørsmål. I tillegg påpekte lagmannsretten blant annet at Faber Bygg AS ikke hadde fremsatt innvendinger da Risa AS i brev 18. desember 2006 til Faber Bygg AS hadde gitt uttrykk for at bolting og sikring etter utrasingen ble oppfattet som ”bestilling av arbeider”, og at ”[k]ostnader i forbindelse med opprydding og sikring av byggegrøp vil bli fakturert 1 mars”. Det var først etter at arbeidene var utført og faktura utstedt, at Faber Bygg AS kom med innsigelser. Riktignok inngår det i tingrettens og lagmannsrettens resonnementer at den sikring som var foretatt for å forhindre utrasing, ikke var tilstrekkelig, og at Risa AS ikke kunne lastes eller bebreides for utrasingen. Denne bevisvurderingen krever imidlertid ikke spesialisert geoteknisk innsikt.
- (35) På dette grunnlag er jeg kommet til at Arnesens inhabilitet ikke kan medføre at lagmannsrettens øvrige dommere er blitt inhabile.
- (36) Det neste spørsmål jeg vil behandle, er *om Riste var inhabil som meddommer i tingretten*.
- (37) Jeg finner det klart at den omstendighet at Multiconsult AS og Sivilingeniør Albert Ølnes AS – som har vært kontraktsmedhjelper for Faber Bygg AS – er konkurrenter, ikke kan medføre at Riste som ansatt i Multiconsult AS blir inhabil. På mange områder er fagmiljøet lite, og det vil ofte ikke være til å unngå at det som fagkyndige meddommere må oppnevnes personer som er ansatt i en bedrift som står i et konkurranseforhold til noen av partene eller andre som er involvert i sakskomplekset. Jeg tilføyer at da Riste ble oppnevnt som fagkyndig meddommer, var partene kjent med at han var ansatt i Multiconsult AS, og at Sivilingeniør Albert Ølnes AS hadde oppdrag for Faber Bygg AS – uten at det ble reist innsigelse.

- (38) Heller ikke kan de oppdrag som Multiconsult AS har hatt for Statens vegvesen i forbindelse med skaden på Bergelandsgaten, føre til inhabilitet. For at Riste skulle kunne bli inhabil på grunn av disse oppdragene, måtte Multiconsult AS ved utførelsen av disse oppdragene ha hatt befatning med de problemstillinger som foreligger i tvisten mellom Faber Bygg AS og Risa AS. Det er intet som tyder på dette.
- (39) Derimot er jeg under tvil kommet til at Riste må anses inhabil på grunn av oppdrag som Multiconsult AS har hatt for Risa AS.
- (40) Hvorvidt en forretningsforbindelse mellom en part og et selskap som en meddommer er ansatt i, virker inhabiliserende, avhenger av forretningsforbindelsens karakter og omfang og omstendighetene for øvrig. Den som er ansatt hos en forretningsforbindelse, vil blant annet kunne bli inhabil dersom han gjennom forretningsforbindelsen har fått nær personlig kontakt med parten eller noen som er ansatt hos ham, eller gjennom oppdraget er blitt involvert i den aktuelle tvist.
- (41) Av de oppdrag Multiconsult AS har hatt for Risa AS, er det to som kan virke inhabiliserende for Riste. For det første påtok Multiconsult AS seg ved oppdragsbekreftelsen 16. mars 2006 å utføre innvendige og utvendige besiktigelses av nærliggende eiendommer til Klostergården-prosjektet. Fakturaen for dette arbeidet beløper seg til kr 103 101 eksklusive merverdiavgift, og det fremgår av fakturaen at Riste var med på utførelsen av oppdraget. Selv om disse arbeidene ble utført før sprengningsarbeidene i byggeprosjektet for Klostergården AS ble igangsatt, står de i nokså nær forbindelse med dette byggeprosjektet. For det andre er det i "Kvalitets- og HMS-plan" som Risa AS utarbeidet for sin underentreprise, blant annet uttalt at sprenging og sikringstiltak skal utføres i henhold til rapport utarbeidet av Multiconsult AS. Risa AS har bestridt at det utarbeidet noen slik rapport, og dette fremstår som noe uavklart. Den uklarhet som foreligger på dette punkt, må imidlertid gå ut over Risa AS, da det er dette selskap som har vært nærmest til å bringe avklaring her. Ved avgjørelsen av Ristes habilitet må derfor opplysningene i kvalitets- og HMS-planen legges til grunn, og ifølge disse har Multiconsult AS hatt et oppdrag i forbindelse med det aktuelle byggeprosjekt. Disse to oppdragene knytter Riste til tvisten på en slik måte at det slik forholdene fremstår utad, kan reises tvil om hans nøytralitet og uavhengighet.
- (42) Øyvind Riste må etter dette anses inhabil som meddommer i tingretten etter domstoloven § 108.
- (43) Dersom det etter anke er truffet realitetsavgjørelse av lagmannsretten, vil den omstendighet at det ved tingrettsbehandlingen har deltatt en inhabil dommer, ikke uten videre få konsekvenser for lagmannsrettens dom. Det følger av tvisteloven § 29-22 andre ledd at lagmannsretten i tilfeller hvor det er anket både over saksbehandlingen og realiteten, på nærmere angitte vilkår kan fremme saken til realitetsavgjørelse selv om tingrettens dom er beheftet med saksbehandlingsfeil som skal tillegges virkning etter § 29-21. I vår sak kom lagmannsretten til at Riste ikke var inhabil som meddommer for tingretten, og det ble derfor ikke truffet noen beslutning etter § 29-22 andre ledd. Bestemmelsen viser imidlertid at retten til to-instansbehandling ikke gir krav på to feilfrie behandlinger. Hvorvidt en saksbehandlingsfeil for tingretten kan repareres ved en realitetsbehandling for lagmannsretten, avhenger av feilens karakter og hvilket grunnlag

saken blir avgjort på. Det avgjørende må være om saken ved en slik fremgangsmåte totalt sett får en forsvarlig behandling.

- (44) Dette bringer meg over til *om det under de foreliggende omstendigheter var forsvarlig av lagmannsretten å treffe realitetsavgjørelse*.
- (45) Det fremgår av domstolloven § 15 første ledd at lagmannsretten dersom én fagdommer og/eller én meddommer får ”forfald, efterat hovedforhandlingen er begyndt”, kan fortsette behandlingen med redusert antall dommere. Med ”forfald” mener bestemmelsen ikke bare gyldig fravær etter § 90 andre ledd, men også inhabilitet. Det er imidlertid en forutsetning for at saksbehandlingen skal kunne fortsette etter denne bestemmelse, at pådømmelse med redusert antall dommere fremstår som forsvarlig.
- (46) Som tidligere nevnt, var ingeniørgeolog Frode Siljeholm Arnesen oppnevnt som geoteknisk fagkyndig meddommer for lagmannsretten. Det var den samme fagkompetanse som sivilingeniør Øyvind Riste skulle ivareta ved behandlingen for tingretten. Dersom det ved lagmannsrettens avgjørelse hadde vært nødvendig å ta stilling til spørsmål som krever spesialisert geoteknisk kompetanse, ville det, når Riste var inhabil som meddommer for tingretten, ikke ha vært forsvarlig å fortsette saksbehandlingen og treffe realitetsavgjørelse etter at Arnesen måtte fratre for lagmannsretten. Som jeg tidligere har påvist, er imidlertid lagmannsrettens avgjørelse ikke bygd på noe slikt grunnlag. Ut fra det grunnlag saken ble avgjort på i lagmannsretten, var det selv om Riste blir ansett inhabil som meddommer i tingretten, og Arnesen måtte fratre som meddommer for lagmannsretten, fullt forsvarlig av lagmannsretten å treffe realitetsavgjørelse. Det finnes da ikke noe grunnlag for å oppheve lagmannsrettens dom, og anken må således forkastes.
- (47) Etter det resultat jeg er kommet til, har anken vært forgjeves. Faber Bygg AS har imidlertid fått medhold i at Riste var inhabil, og slik saken fremstår, tilsier tungtveiende grunner at hver av partene bærer sine sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.
- (48) Jeg stemmer for at anken forkastes, og at det ikke tilkjennes sakskostnader for Høyesterett, men da jeg etter domskonferansen vet at jeg er i mindretall, utformer jeg ikke noen domskonklusjon.
- (49) Dommer **Bårdsen**: Jeg er enig med førstvoterende i at Arnesen og Riste var inhabile, og tiltrer hans begrunnelse. Men etter mitt syn bør konsekvensen bli at lagmannsrettens dom oppheves.
- (50) Arnesen fratrådte som inhabil etter at saken var tatt opp til doms i lagmannsretten, men før rådslagningen. De inhabiliserende forhold ble imidlertid klarlagt allerede den andre av i alt fire rettsdager.
- (51) Det fremgår ikke av lagmannsrettens rettsbok om det hadde funnet sted foreløpige drøftelser i dommerkollegiet. Det er heller ikke opplyst om Arnesen hadde fremlagt materiale, gitt vurderinger av saksforholdet eller veiledning om saksfeltet, til de andre dommerne. Dette er en klar mangel. Jeg kan for egen del ikke se bort fra at Arnesen har kommet til å gi premisser av betydning for en eller flere av de gjenværende dommerne.

Det er etter mitt syn grunn til å følge en streng praksis der fagkyndigheten er av betydning for saken. Og som førstvoterende fremhever, vil også løse, foreløpige bemerkninger under forhandlingens gang etter forholdene medføre at de øvrige dommerne blir inhabile.

- (52) Det ble for ting- og lagmannsrett bedt om en geologisk fagkyndig meddommer, og begjæringen ble etterkommet. Etter tvisteloven § 9-12 andre ledd skal fagkyndige meddommere bare oppnevnes dersom retten finner at "hensynet til forsvarlig behandling av saken tilsier det", jf. også NOU 2001: 32 side 755–756. Jeg må derfor legge til grunn at begge instanser – ut fra sakens karakter og partenes prosessopplegg – fant et begrunnet behov for å sette rett med en geologikyndig meddommer.
- (53) Partenes anførsler for ting- og lagmannsrett, slik disse er referert i de tidligere retters dommer, aktualiserte spørsmål av geologifaglig art. Som førstvoterende peker på, ble tvisten avgjort på et kontraktsrettslig grunnlag. Men begge de tidligere instanser har – i tilknytning til spørsmålet om den kontraktrettslig risikoplassering – vurdert blant annet sikringsarbeidet forut for raset, og om avvik mellom anbefalte og gjennomførte sikringstiltak kunne ha hatt betydning. Jeg finner ikke grunn til å gå inn i enkelthetene, men refererer – som illustrasjon – følgende fra lagmannsrettens nokså knappe dom:
- "Lagmannsretten vurderer det slik at Risa AS ikke kan lastes eller bebreides for utrasingen. De geologimessige forhold var vurdert av Albert Ølnes, som også hadde utarbeidet notatet "Rig 01" med angivelse av nødvendige sikrings- og stabiliseringstiltak. I ettertid viste det seg at dette ikke var tilstrekkelig til å forhindre utrasingen. De eventuelle avvik som kunne påvises mellom Risa AS utførelse av sikringstiltak og den plan som var utarbeidet, har ikke hatt betydning for utrasingen. Det vises særlig til det sakkyndige vitne Steinar Roalds fremstilling for lagmannsretten."**
- (54) Jeg finner det på denne bakgrunn vanskelig å konkludere med at de geologifaglige spørsmål var så perifere eller underordnede at det av denne grunn likevel kan ses bort fra Arnesens eventuelle påvirkning av de andre dommerne.
- (55) Til dette kommer at tvisten ble avgjort i to instanser uten den (habile) geologifaglige kompetanse som man opprinnelig mente var nødvendig – og som også viste seg relevant for lagmannsrettens avgjørelsen av tvisten. Jeg viser til prinsippet i tvisteloven § 29-22 andre ledd og til kravet om forsvarlig saksbehandling, slik dette kommer til uttrykk i § 1-1.
- (56) Etter mitt syn skulle lagmannsretten altså enten ha opphevet tingrettens dom på grunn av inhabilitet, eller satt ny rett med andre dommere på et senere tidspunkt – og sikret at eventuelle nødvendige geologifaglige bidrag til løsningen av tvisten ikke stammet fra en inhabil premissleverandør.
- (57) Lagmannsrettens dom bør etter mitt syn derfor oppheves.
- (58) Anken har ført frem. Saken har imidlertid budt på tvil. Til dette kommer at ingen av partene kan bebreides for at man først under ankeforhandlingen for lagmannsretten ble oppmerksom på de forhold som medførte inhabilitet for Arnesen. Etter omstendighetene bør partene derfor bære sine egne sakskostnader for Høyesterett, jf. tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

(59) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

(60) Dommer **Matningsdal:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Skoghøy.

(61) Dommer **Normann:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Bårdsen.

(62) Justitiarius **Schei:** Likeså.

(63) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Lagmannsrettens dom oppheves.
2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.

Riktig utskrift bekreftes