



# NORGES HØYESTERETT

Den 1. september 2011 avsa Høyesterett dom i

**HR-2011-01646-A, (sak nr. 2011/648), sivil sak, anke over dom,**

Rygge Hotell AS

(advokat Even Rønvik)

mot

Prima Invest AS

(advokat Lars Ths. Rodvelt)

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

- (1) Dommer **Normann**: Saken gjelder spørsmål om lagmannsretten har vært lovlig sammensatt i et tilfelle der en konstituert dommer har deltatt i ankebehandlingen av en dom avsagt av den tingretten hvor han er fast ansatt.
- (2) Rygge Hotell AS tok ut stevning med krav om betaling av utestående etter overdragelse av leiekontrakt. Prima Invest AS innga tilsvaer med påstand om frifinnelse og motsøksmål med påstand om tilbakebetaling av det som allerede var betalt av kjøpesummen.
- (3) Moss tingrett avsa dom 6. januar 2010 hvor Rygge Hotell AS vant frem i søksmålet og ble frifunnet i motsøksmålet.
- (4) Prima Invest AS anket, og ved Borgarting lagmannsretts dom 14. februar 2011 ble anken tatt til følge. Dommen har slik domsslutning:
  - ”1. **Prima Invest AS frifinnes.**
  2. **Rygge Hotell AS betaler innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen til Prima Invest AS 750 000 – syvhundreogfemtitusen – kroner med tillegg av lovens forsinkelsesrente regnet fra 10. april 2009 til betaling finner sted.**

**3. Rygge Hotell AS dømmes til å betale sakskostnader for tingrett og lagmannsrett til Prime Invest AS med 210.520 – tohundreogtusenfemhundreogtjue – innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen.”**

- (5) Tron Gundersen tjenestegjorde som konstituert lagdommer ved Borgarting lagmannsrett fra august 2010 til medio mai 2011. Han deltok ved ankebehandlingen i Borgarting lagmannsrett av Moss tingretts dom avsagt 6. januar 2010. På tidspunktet for avsigelsen av tingrettens dom var han i funksjon som dommer i Moss tingrett, hvor han har sin faste stilling. Gundersen deltok imidlertid ikke i behandlingen av saken i tingretten.
- (6) Rygge Hotell AS har anket til Høyesterett over ulike saksbehandlingsfeil. Høyesteretts ankeutvalg tillot ved beslutning 2. mai 2011 anken fremmet for så vidt gjelder anken over saksbehandlingen knyttet til om retten var lovlig sammensatt. For øvrig ble anken nektet fremmet.
- (7) Den ankende part – *Rygge Hotell AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (8) Hensynene som begrunner domstoloven § 10 annet ledd siste punktum, gjør seg også gjeldende for konstituerte dommere. Tilknytningen mellom dommerne i første instans gjør at det foreligger slike ”særegne omstendigheter” at Tron Gundersen var inhabil til å delta ved ankebehandlingen i lagmannsretten, jf. domstoloven §108. Denne feilen skal tillegges ubetinget virkning, jf. tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b. Det er skjedd en utvikling i rettspraksis som innebærer en strengere praktisering av inhabilitetsreglene. Det ble ikke opplyst om Gundersens tilknytning til Moss tingrett da saken ble behandlet i lagmannsretten, og domstoloven § 111 annet ledd kommer ikke til anvendelse.
- (9) Rygge Hotell AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves, og saken hjemvises til lagmannsretten til ny behandling.**
2. **Prima Invest AS dømmes til å betale sakens omkostninger for Høyesterett.”**
- (10) Ankemotparten – *Prima Invest AS* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (11) Domstoloven § 10 annet ledd siste punktum får ikke anvendelse for konstituerte dommere. Lovens ordlyd er klar, og konstituerte dommere er ikke omhandlet i forarbeidene. Det foreligger ikke særlig grunn til å fravike lovens ordlyd. Rettspraksis gjelder andre tilfeller enn det foreliggende. Det foreligger ikke særegne omstendigheter som gjør at Gundersen er inhabil i medhold av domstoloven § 108. Subsidiært anføres at utelukkelse etter domstoloven §108 ikke kan påberopes, fordi den ankende parten kjente til Gundersens faste tilknytning til Moss tingrett da saken ble behandlet i lagmannsretten uten at det ble fremsatt innsigelser mot hans habilitet, jf. domstoloven § 111 annet ledd.
- (12) Prima Invest AS har nedlagt slik påstand:
- ”1. **Anken forkastes.**
2. **Prima Invest AS tilkjennes saksomkostninger.”**
- (13) *Mitt syn på saken:*

- (14) Spørsmålet er om det forhold at Gundersen var dommer i Moss tingrett da en av hans kolleger hadde saken til behandling, gjør ham inhabil til å delta i lagmannsrettens ankebehandling.
- (15) Førstelagmannen kan etter domstoloven § 10 annet ledd første punktum tilkalle dommere fra tingrettene i lagdømmet til å ta sete i retten. Paragraf 10 annet ledd siste punktum begrenser hvilke dommere som kan tilkalles til slik tjeneste. I bestemmelsen heter det:
- ”Til behandling av anke eller kjæremål tilkalles ikke dommere fra den tingrett som har behandlet saken i første instans.”**
- (16) Tilkalles en dommer i strid med bestemmelsen, vil lagmannsretten ikke være lovlig sammensatt. Dette er en saksbehandlingsfeil som skal tillegges ubetinget virkning ved anke, jf. tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b. Det samme gjelder når en dommer, som er inhabil etter domstoloven § 108, har vært med å dømme i saken.
- (17) Domstoloven § 10 annet ledd siste punktum gjelder etter sin ordlyd bare for tilkalte dommere. Det er klart at den ikke får direkte anvendelse for konstituerte dommere. Konstituerte dommere er heller ikke nevnt i lovforarbeidene til bestemmelsen. Men ut fra dette kan det ikke sluttet at de hensyn som bærer § 10 annet ledd siste punktum, ikke også kan ha relevans ved vurderingen av om en konstituert dommer vil være inhabil etter den alminnelige regel om inhabilitet i domstoloven § 108.
- (18) Etter at § 10 annet ledd siste punktum ble føyd til ved lov 16. juni 1989 nr. 64, har det skjedd en betydelig rettsutvikling i synet på habilitet. Det er i praksis stadig sterkere fremhevet at spørsmålet ikke er om det er grunn til å tro at vedkommende dommer vil kunne la seg påvirke av det aktuelle forhold, men at det dreier seg om ”en objektiv vurdering av hvordan forholdet vil fremtre utad – for partene, det rettssøkende publikum og for offentligheten generelt”, jf. Rt. 1997 side 1318. Det er den alminnelige tillit til dommerens uavhengighet som er det helt sentrale, jf. her blant annet også Rt. 1997 side 1987.
- (19) Den økte vektlegging av hensynet til dommeres uavhengighet – hvordan uavhengigheten fremstår utad – har over tid resultert i et strengere krav til habilitet. Jeg kan ikke se at det forhold at lovforarbeidene til domstoloven § 10 annet ledd siste punktum ikke nevner konstituerte dommere og deres habilitet, kan tillegges den vekt at habilitetsvurderingen for dem skal være uberørt av den betydelige rettsutvikling i habilitetskravet til dommere ellers gjennom de to siste tiår.
- (20) Spørsmålet er om Gundersens faste ansettelsesforhold ved Moss tingrett er en slik særegen omstendighet at den er ”skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet”, jf. domstoloven § 108.
- (21) I forarbeidene til domstoloven § 10 annet ledd er det fremhevet at ordningen med tilkalte dommere var uheldig ”ved at den [kunne] gi grobunn for spekulasjoner om dommernes uavhengighet”, jf. Ot.prp. nr. 16 (1988–89) side 27. Dette var begrunnelsen for at departementet foreslo tilleggsbestemmelsen som nå er inntatt i § 10 annet ledd siste punktum.

- (22) Utgangspunktet for inhabilitetsvurderingen må som påpekt tas i hvordan omverdenen omfatter forholdet, jf. blant annet også Rt. 2010 side 1601 avsnitt 33 med videre henvisninger og avsnitt 47. Det blir altså ikke avgjørende at det i denne saken ikke foreligger noen konkrete omstendigheter som tilsier at Gundersen var forutinntatt eller partisk.
- (23) Spørsmålet om en dommer er habil, må avgjøres konkret. Praktiske overveielser og behovet for klarhet rundt rettens sammensetning tilsier imidlertid at man for de vanlige typetilfellene søker å angi alminnelige utgangspunkter basert på hva som gjennomgående gir den beste regelen i tråd med hensynene bak inhabilitetsreglene, jf. Rt. 2009 side 1662 avsnitt 11.
- (24) For meg blir det vesentlig at forholdene legges til rette slik at konstituerte dommere kan fremtre med samme uavhengighet som fast utnevnte embetsdommere, jf. Rt. 1997 side 1987. Er det objektivt sett rimelig og saklig grunn til å trekke dommerens habilitet i tvil, skal han ikke delta ved pådømmelsen, jf. Rt. 2009 side 1662 avsnitt 10.
- (25) På denne bakgrunn blir det et viktig hensyn at lovgiver gjennom bestemmelsen i domstoloven § 10 annet ledd siste punktum først og fremst har ”tatt sikte på å hindre at dommeravgjørelser overprøves av dommerkollegaer man har et løpende arbeidsfelleskap og daglig faglig og sosialt samkvem med”, jf. Rt. 2010 side 1601 avsnitt 31. Hensynet er tillagt tilsvarende vekt ved vurdering av fagkyndige meddommeres habilitet etter domstoloven § 108, jf. Rt. 1997 side 1318 og Rt. 2011 side 20.
- (26) Gundersen var, som jeg har allerede har nevnt, dommer i Moss tingrett da saken ble behandlet der av en av hans kolleger, og han deltok som konstituert dommer ved ankebehandlingen i Borgarting. De hensyn som begrunner regelen i domstoloven § 10 annet ledd siste punktum, som jeg har redegjort for, gjør seg langt på vei gjeldende også i tilfeller hvor en konstituert lagdommer skal være med å overprøve en avgjørelse truffet av en kollega i den domstolen hvor han har sin faste tilknytning. Jeg viser også til at hans konstitusjon var relativt kortvarig – fra august 2010 til medio mai 2011, og at han etter endt konstitusjon skulle tilbake til sitt faste arbeidssted.
- (27) For omverdenen vil det neppe fremstå forskjellig om saken avgjøres av en konstituert dommer fra den tingrett som behandlet saken i første instans eller av en tilkalt dommer fra denne tingretten. I begge tilfeller vil dommeren normalt ha et faglig og sosialt samkvem med den dommer som har hatt saken til behandling i første instans.
- (28) På denne bakgrunn mener jeg at det bør gjelde et alminnelig utgangspunkt om inhabilitet i et tilfelle som det foreliggende. Moss tingrett er en liten domstol med bare tre dommere og en sorenskriver. For utenforstående må det fortone seg som nærliggende at arbeidskolleger – ikke minst ved mindre domstoler – kan fortelle hverandre om saker de behandler og da kunne komme med innspill og løsningsforslag overfor kollegene. Det vil ikke være overraskende om det er en oppfatning at dommerkolleger på denne måten er involvert i de andres saker. Forholdet mellom dommerne vil kunne være fjernere ved større domstoler, men jeg er usikker på om det vil bli oppfattet slik utad. Her kommer også hensynet til klare og praktikable regler inn, jf. Rt. 2009 side 1662 avsnitt 16. Jeg viser også til behovet for å verne konstituerte dommeres uavhengighet som jeg allerede har vært inne på. Min konklusjon er at konstituerte dommere fra tingrettene er inhabile

som dommere i lagmannsretten ved overprøving av saker som ble behandlet ved tingretten da vedkommende tjenestegjorde som dommer der.

- (29) Ankemotparten har subsidiært anført at domstoloven § 111 må føre til at den ankende part har tapt muligheten til å gjøre inhabilitetsinnsigelsen gjeldende. Det er på det rene at ingen av partene reiste innvendinger mot Gundersens habilitet da saken ble behandlet i lagmannsretten, jf. domstoloven § 111 annet ledd, sammenholdt med § 108 annet punktum. Det fremgår ikke av rettsboken hva som ble opplyst med hensyn til hans tilknytning til Moss tingrett, og partene er uenige om hva som ble sagt. Jeg går ikke nærmere inn på dette: For mitt syn på inhabilitetsspørsmålet blir det uansett ikke avgjørende om den ankende part eventuelt var kjent med de faktiske forhold, uten å gjøre gjeldende at Gundersen var inhabil. Jeg bemerker i denne sammenheng at domstoloven § 111 er blitt fortolket innskrenkende, slik at partene i praksis bare mister muligheten til å påberope seg at inhabilitet ble påberopt under rettsforhandlingene.
- (30) Jeg er etter dette kommet til at lagmannsrettens dom bør oppheves, jf. tvisteloven § 29-21 annet ledd bokstav b.
- (31) Rygge Hotell AS har etter dette fått fullt medhold, og har krevd sakskostnader for Høyesterett med 117 150 kroner, hvorav 109 500 kroner utgjør advokatsalær. Rygge Hotell AS har da i utgangspunktet krav på full erstatning for sine sakskostnader fra motparten, jf. tvisteloven § 20-2 første ledd. Jeg er imidlertid kommet til at sakskostnader ikke bør tilkjennes, da den feilen som medfører opphevelse ikke skyldes noen av partene. I denne sammenhengen er det grunn til å peke på den plikt staten i et tilfelle som dette har til å dekke partenes sakskostnader, jf. tvisteloven § 20-12 første ledd bokstav a.
- (32) Jeg stemmer for denne

#### D O M :

1. Lagmannsrettens dom med ankeforhandling oppheves.
  2. Sakskostnader for Høyesterett tilkjennes ikke.
- (33) Dommer **Øie**: Jeg er enig med førstvoterende i at domstoloven § 10 andre ledd siste punktum ikke kommer til anvendelse. Jeg slutter meg også til hennes forståelse av domstoloven § 111. Men jeg har et annet syn på anvendelsen av habilitetsregelen i domstoloven § 108.
- (34) Som førstvoterende, finner jeg det ved anvendelsen av § 108 naturlig å ta utgangspunkt i vedtakelsen av domstoloven § 10 andre ledd siste punktum ved lov 16. juni 1989 nr. 64. Jeg er imidlertid uenig med førstvoterende i hva som kan utledes av denne lovendringen, som er begrunnet slik i Ot.prp. nr. 16 (1988–1989) side 27:

**”Justisdepartementet er gjort kjent med at det forekommer tilfelle der herreds- og byrettsdommere blir tilkalt til lagmannsrettene etter domstoloven § 10 tredje ledd, selv om førsteinstansbehandlingen av vedkommende sak gikk for den tilkalte dommerens egen domstol.**

**Loven er i dag ikke til hinder for en slik ordning. Inhabilitet inntreer automatisk bare når den tilkalte dommeren selv har behandlet saken tidligere, ikke når den er behandlet av en annen dommer ved samme embete, jf. domstoloven § 106 nr 8.**

**Men departementet mener at ordningen er uheldig ved at den kan gi grobunn for spekulasjoner om dommernes uavhengighet. Departementet foreslår derfor en tilleggsbestemmelse i domstoloven § 10 tredje ledd ...”**

- (35) Det var altså å *tilkalle* dommere fra den førsteinstans som hadde avsagt den påankede dom, lovgiveren mente var uheldig. *Konstitusjon* av dommere omtales ikke av Justisdepartementet i forarbeidene til tross for at det var godt kjent for departementet at det var vanlig å konstituere dommere fra herreds- og byrettene i lagmannsrettene. Justisdepartementet sto selv på denne tiden for 15 til 20 dommerkonstitusjoner årlig, og det ble gjennomsnittlig foretatt 17 statsrådskonstitusjoner per år, jf. Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) side 109. Selv om det ikke fremgår uttrykkelig av forarbeidene, kan derfor mye etter mitt skjønn tyde på at sondringen mellom tilkalte og konstituerte dommere har vært utslag av en bevisst lovgivervilje.
- (36) Lovendringen i 1989 kan etter mitt syn uansett ikke tas til inntekt for at lovgiver har ment at en konstituert dommer i lagmannsretten – som en generell ordning – vil være inhabil etter domstoloven § 108 til å delta ved behandling av saker fra egen tingrett. Tvert imot må lovforslaget i Ot.prp. nr. 16 (1988–1989) ha bygget på den forutsetning at § 108 ikke automatisk vil medføre inhabilitet når en tilkalt dommer deltar ved behandling i lagmannsretten av en sak fra egen domstol, jf. også Rt. 2010 side 1601 avsnitt 39. Som jeg kommer tilbake til, er det ikke grunn til å ha strengere habilitetsregler for konstituerte dommere enn for tilkalte – snarere tvert imot.
- (37) Bruk av tilkalte og konstituerte dommere ble tatt opp til bred drøftelse et tiår etter den nevnte endringen av domstoloven § 10, se Domstolkommisjonens utredning NOU 1999: 19 side 207 flg. og Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) side 107 flg. Både kommisjonen og departementet fremhever i sine drøftelser at det ved vurderingen av bruken av midlertidige dommere særlig gjør seg gjeldene tre hensyn. To av dem er ”(v)ern av dommernes uavhengighet i den dømmende virksomhet” og ”(p)ublikums tillit til at dommerne er uavhengige”. Det tredje er kravet om ”at domstolene i høyest mulig grad skal yte gode dommertjenester”, se proposisjonen side 107, og tilsvarende utredningen side 207.
- (38) Heller ikke dette arbeidet ledet til at det ble gjort endringer i adgangen til å konstituere dommere tilsvarende tilføyelsen av domstoloven § 10 andre ledd siste punktum, eller i habilitetsreglene. Jeg finner grunn til å tilføye at avgjørelsen i Rt. 1997 side 1987, som førstvoterende synes å legge stor vekt på, ble avsagt før Domstolkommisjonen avsluttet sitt arbeid, og var kjent for både kommisjonen og departementet, se utredningen side 222 og 229 og proposisjonen side 124.
- (39) Etter min oppfatning skal det etter dette sterke grunner til for at Høyesterett – på grunnlag av de samme hensyn som ledet til domstoloven § 10 andre ledd siste punktum – skal utvide området for inhabilitet etter § 108.
- (40) Både for tilkalte og konstituerte lagdommere gjelder at det ikke generelt er grunn til å frykte at arbeidsfelleskapet i tingretten de kommer fra påvirker hvordan de dømmer i ankesaker. Men vurderingen av hvordan forholdet kan fremtre utad overfor partene og allmennheten, jf. blant annet Rt. 2010 side 1601 avsnitt 33 til 37, faller etter min oppfatning annerledes ut for konstituerte dommere enn for tilkalte.

- (41) En tilkalt dommer vil gjerne tjenestegjøre i lagmannsretten en kort periode i en eller noen få saker. Dommeren presenteres ved innledningen av ankeforhandlingen som tingrettsdommer, og det vil være klart for det rettssøkende publikum at vedkommende ikke har sin ordinære arbeidsplass i lagmannsretten og skal tilbake til tingretten. Konstitusjoner er oftest av lengre varighet, i vårt tilfelle ni måneder. Konstituerte dommere har i motsetning til tilkalte dommere både formelt og reelt skiftet arbeidssted. Ikke sjelden vil konstituerte dommere ikke ha tjenestegjort i tingretten da den påankede dom ble avsagt, og det er heller ikke uvanlig at konstitusjonen senere avløses av utnevning til fast lagdommer uten at vedkommende i mellomtiden har vært tilbake i tingretten.
- (42) De avgjørelser førstvoterende nevner hvor Høyesterett har konstatert inhabilitet for dommere i lagmannsretten, knytter seg til situasjoner hvor lovgiveren ikke på samme måte som i den foreliggende typesituasjon, hadde hatt foranledning til å vurdere behovet for lovrevisjon. Bortsett fra Rt. 2010 side 1601, hvor flertallet kom til at ”krysskonstitusjon” ved en annen tingrett enn det faste tjenestestedet ikke var til hinder for å tjenestegjøre ved ankebehandlingen av dommer fra denne tingretten, gjelder avgjørelsene også forhold som etter mitt skjønn er nokså ulike vår sak. I det vesentlige omhandler de enten dommere som har en tilknytning til eller et avhengighetsforhold til en part – slik for eksempel avgjørelsen i Rt. 1997 side 1987 gjør – eller fagkyndige meddommere – slik for eksempel avgjørelsen i Rt. 1997 side 1318 gjør. Binding til en part er etter mitt syn mer egnet til å svekke tilliten til en dommers uhildethet enn det et kollegialt fellesskap med dommere ved samme domstol er. Og en embetsdommer er gjennom sitt arbeid vesentlig mer trent i å være objektiv og uavhengig enn en sakkyndig meddommer.
- (43) Som førstvoterende har understreket, har området for inhabilitet blitt betydelig utvidet gjennom rettspraksis de senere år. Etter min mening er det ikke grunnlag for en slik ytterligere utvidelse som den ankede part krever. Jeg har vanskelig for å tro at en opplyst allmennhet, og parter med profesjonell bistand, vil frykte at en konstituert lagdommer skal ha slike bindinger til kolleger i tingretten at han eller hun ikke kan treffe en uhildet avgjørelse. Ordningen som har vært benyttet i den foreliggende sak, har da også vært kjent og praktisert i en årrekke uten at det har vært reist tunge innvendinger mot den.
- (44) Min konklusjon er at en konstitusjon som i vår sak, ikke vil rokke ved tilliten til lagmannsrettens avgjørelser. Jeg stemmer for at anken forkastes. Også med det resultat jeg har kommet til, finner jeg at sakskostnader ikke bør tilkjennes.
- (45) Dommer **Kallerud:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med annenvoterende, dommer Øie.
- (46) Dommer **Bårdsen:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende, dommer Normann.
- (47) Justitiarius **Schei:** Likeså.

(48) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

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

Riktig utskrift bekrefte: