



NORGES HØYESTERETT

Den 29. april 2016 avsa Høyesterett kjennelse i

HR-2016-00956-S, (sak nr. 2015/1777), sivil sak, anke over dom,

A

B

(advokat Sveinung O. Flaaten)

mot

Staten v/Justis- og
beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Christian Reusch)

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

- (1) Dommer **Matheson**: Saken gjelder habilitetsavgjørelse for fire av Høyesteretts dommere i storkammersak.
- (2) Sak nr. 2015/1777, A og B mot staten v/Justis- og beredskapsdepartementet, gjelder erstatningskrav mot staten for angivelig konvensjonsstridig lovgivning som anføres å ha påført dem et økonomisk tap. Saken har sin bakgrunn i Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2006 side 1547 som gjaldt oppregulering av festeavgiften for en tomtefesteavtale mellom ekteparet A og B som bortfestere, og C som fester. Festeavtalen, som gjelder en fritidstomt, er inngått med virkning fra 1. januar 1962. C fikk i dommen medhold i at det ikke "tvillaust" var avtalt oppregulering i samsvar med utviklingen av tomteverdien, jf. tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 slik bestemmelsen da lød. Oppreguleringen skulle dermed skje i samsvar med endringer i pengeverdien siden festeavtalen ble inngått.
- (3) Dommen er avsagt under dissens 3-2. Flertallet bestod av førstvoterende, dommer Skoghøy, daværende dommer – nå justitiarius – Øie og rettsformannen, dommer Tjomsland. Mindretallet bestod av dommerne Endresen og Tønder.
- (4) Høyesteretts ankeutvalgs henvisningsbeslutning i saken her har følgende slutning:

"Anken til Høyesterett tillates fremmet. Forhandlingene begrenses slik at det foreløpig bare forhandles om spørsmålet om konvensjonsbrudd, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd."

- (5) Anken ble behandlet i avdeling 5. og 6. april 2016. Etter behandlingen ble det besluttet at den skal behandles med forsterket rett, jf. domstoloven § 6 andre ledd andre punktum.
- (6) Erstatningskravet mot staten tar utgangspunkt i samme dom som justitiarius Øie og dommerne Skoghøy, Endresen og Tønder har avsagt. Det har derfor oppstått spørsmål om disse dommernes habilitet. Dommer Tjomsland er nå pensjonist.
- (7) Siden saken blant annet gjelder justitiarius Øies habilitet, gjør eldste dommer, dommer Matningsdal, tjeneste i saken inntil hennes habilitet er avklart, jf. domstoloven § 8 andre ledd. Dommer Matningsdal har besluttet at saken skal behandles i storkammer, jf. domstoloven § 5 fjerde ledd første punktum.
- (8) Dommer Matningsdal har videre besluttet at habilitetsspørsmålet skal behandles i et eget rettsmøte.
- (9) De ankende parter, *A og B*, har anført at de fire dommerne som følge av deres deltakelse i saken inntatt i Rt. 2006 side 1547, er inhabile som dommere i storkammersaken, jf. domstoloven § 108.
- (10) Ankemotparten, *staten v/Justis- og beredskapsdepartementet*, har derimot anført at de aktuelle dommerne ikke er inhabile som dommere i saken.
- (11) *Mitt syn på habilitetsspørsmålet*
- (12) Jeg er kommet til at justitiarius Øie og dommerne Skoghøy, Endresen og Tønder må vike sete.
- (13) Kjernepunktet i Rt. 2006 side 1547, som danner utgangspunkt for habilitetsspørsmålet, var om det "tvillaust" var avtalt at tomteverdien skulle benyttes som reguleringsgrunnlag etter daværende tomtefestelov § 15 andre ledd nr. 2. Førstvoterende, dommer Skoghøy, uttrykte i dommen avsnitt 44 med tilslutning fra nåværende justitiarius Øie og dommer Tjomsland at "tvillaust"-kravet i § 15 andre ledd måtte

"... forstås slik at det er et vilkår for at lovens normalordning skal kunne fravikes, at det på grunnlag av de partsyringer som har funnet sted, ikke finnes rimelig tvil om at partene har valgt en annen løsning, eller om hva denne går ut på. Det er bare i slike tilfeller at partene har et tilstrekkelig beskyttelsesverdig behov for å kunne innrette seg på at festeavgiften skal kunne reguleres på annen måte enn på grunnlag av endringer i konsumprisindeksen."
- (14) Etter flertallets syn kunne lovens hovedregel ikke fravikes ved en kontraktsutfylling som ikke har grunnlag i partsdisposisjoner, jf. avsnitt 60. Ved den konkrete vurderingen kom flertallet til "at partene ikke kan anses utvilsomt å ha avtalt at festeavgiften skal reguleres på annen måte enn i samsvar med konsumprisindeksen", jf. avsnitt 61.
- (15) Mindretallet, dommer Endresen med tilslutning fra dommer Tønder, kom i avsnitt 79 til at selv om det gjelder et strengere beviskrav til avtale om oppregulering av festeavgift i

henhold til utviklingen i tomteverdien, kan beviskravet ikke være så strengt at det nærmest vil innebære et krav om skriftlig avtale. Etter deres syn var det "sterke systemargumenter for at partene må anses å ha avtalt at klausulen skulle føre til regulering basert på endring i tomteverdien", jf. avsnitt 91.

- (16) Det ble ikke fra noen av sidene gjort gjeldende anførsler under Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og dens tilleggsprotokoller, eller vist til disse rettskildene.
- (17) I erstatningssøksmålet som A og B nå har anlagt mot staten, gjøres det gjeldende at festeavtalen som lå til grunn for Høyesteretts avgjørelse fra 2006, ut fra en alminnelig tolkning og utfylling gir avtalemessig grunnlag for at det skal tas hensyn til tomtens verdi. Anførsle knyttet til dette rettslige utgangspunktet er omfattende. Det anføres at uten "tvillaust"-kriteriet ville de ha fått medhold i at det var avtalt at festeavgiften skulle reguleres med utgangspunkt i utviklingen av tomteverdien. Med det innhold lovgiver har gitt kravet om "tvillaust" avtale slik Høyesterett tolket det i Rt. 2006 side 1547, krenker tomtefesteloven § 15 andre ledd nr. 2 etter dette eiendomsvernet i EMK Tilleggsprotokoll 1 artikkel 1 – heretter P1-1. Det gjøres gjeldende at kriteriet hindrer at regulering av festeavgiften skjer slik som avtalt mellom partene.
- (18) Staten bestrider de ankende parters utgangspunkt om at avtalen uten det aktuelle lovkravet ville ha gitt grunnlag for tomteverdiregulering. Etter statens oppfatning krenker "tvillaust"-kravet under enhver omstendighet ikke eiendomsvernet etter EMK P1-1.
- (19) Problemstillingen er om justitiarius Øie og dommerne Skoghøy, Endresen og Tønder ut fra sin deltakelse i saken fra 2006, er inhabile etter domstoloven § 108 til å dømme i storkammersaken om statens erstatningsansvar for eventuelt konvensjonsstridig lovgivning.
- (20) Domstoloven § 108 første punktum fastsetter at "[d]ommer eller lagrettedlem kan heller ikke nogen være, når andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet". Denne bestemmelsen må anvendes i samsvar med Den Europeiske Menneskerettsdomstols (EMD) praksis i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1, se nå også Grunnloven § 95.
- (21) I Rt. 2013 side 1570 avsnitt 20 er kravene til dommerhabilitet oppsummert slik:

"Domstoloven § 108 fastsetter at en person ikke kan være dommer i en sak hvis 'særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet'. Dette innebærer for det første at det ikke må foreligge omstendigheter som gjør at dommeren ikke er i stand til å treffe en upartisk avgjørelse uten å skjele til irrelevante hensyn ut fra et subjektivt perspektiv. For det andre må det ikke foreligge forhold som knytter dommeren til en part på en slik måte at det for partene og allmennheten kan reises spørsmål ved dommerens upartiskhet. Denne objektive tilnærmingen – hvordan forholdet tar seg ut fra utsiden – har fått økende vekt i rettspraksis de senere årene, jf. Rt. 2011 side 1348 avsnitt 46. Dette har medført en innstramming av habilitetsreglene og innebærer at eldre praksis ikke alltid vil være veiledende for hva som er rettsstilstanden i dag."

(22) Jeg viser også til Rt. 2008 side 1466 der det i avsnitt 28 heter at dommeren ikke skal delta i avgjørelsen dersom det objektivt sett er rimelig og saklig grunn til å trekke dommerens uhildethet i tvil.

(23) I denne saken er det utelukkende den objektive testen som er aktuell. I EMDs dom 17. desember 2015 i saken *Kristiansen mot Norge* avsnitt 49 er denne testen oppsummert slik:

"Under the objective test, it must be determined whether, quite apart from the judge's conduct, there are ascertainable facts which may raise doubts as to his or her impartiality. This implies that, in deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular judge or a body sitting as a bench lacks impartiality, the standpoint of the person concerned is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified"

(24) Disse utgangspunktene er senest lagt til grunn av Høyesterett i HR-2016-681-A.

(25) Spørsmålet er etter dette om dommernes deltakelse i saken fra 2006 er en slik omstendighet som objektivt sett – slik det fremstår utad – gir grunn til å stille spørsmål ved deres nøytralitet og uavhengighet i storkammersaken.

(26) Høyesterett pekte i Rt. 2015 side 250 avsnitt 20, under henvisning til tidligere praksis, på at det klare og konsekvente utgangspunktet er at en dommer som tidligere har gitt uttrykk for en oppfatning av et rettsspørsmål, ikke er inhabil til å dømme i en senere sak hvor den rettslige problemstillingen er den samme. I avsnitt 21-22 heter det så:

"(21) Det må likevel gjøres den modifikasjon at en dommer i alminnelighet vil være inhabil til påny å ta standpunkt i den samme tvisten som han tidligere har avgjort dersom det ikke er kommet til noen nye omstendigheter, jf. Rt. 1990 side 1166, Rt. 2006 side 1518 og Bøhn, Domstolloven kommentarutgave, 2. utgave, side 399 med videre henvisninger.

(22) Det samme synes å være lagt til grunn etter EMK, se EMDs dom 29. juli 2004 i saken San Leonard Band Club mot Malta avsnitt 62-64 [EMDN-2001-77562]. Det ble her lagt avgjørende vekt på at de samme dommerne som tidligere hadde avgjort en sak nå '... were called upon to assess and determine whether their own application of the law had been adequate and sufficient'. Dette innebar et brudd på artikkel 6 nr. 1. Det ble i dommen vist til at saken atskilte seg fra en tidligere sak - Thomann mot Sveits, EMDs dom 10. juni 1996 [EMD-1991-17602] - hvor resultatet ble det motsatte siden 'new and comprehensive information was available to the judges, who were undertaking a fresh consideration of the whole matter'. Denne distinksjonen synes bekreftet i EMDs dom 22. oktober 2007 i saken Lindon, Otchakovsky-Laurens og July mot Frankrike, se avsnitt 80 [EMDN-2002-21279]."

(27) I Rt. 2015 side 250 gjaldt hovedsaken regulering av festeavgift. Den reiste imidlertid spørsmål om den retningsgivende avgjørelsen inntatt i Rt. 2007 side 1706 (Bøvre) måtte fravikes blant annet på grunnlag av EMDs dom 12. juni 2012 i saken *Lindheim mfl. mot Norge*. Det ble av den grunn fremsatt habilitetsinnsigelse mot de av dommerne som hadde deltatt i Bøvre-dommen. Høyesterett i storkammer kom imidlertid enstemmig til at disse dommerne ikke skulle vike sete. Blant de momenter som begrunnet dette var at storkammeret ikke skulle ta stilling til den samme saken som var til pådømmelse i 2007, verken faktisk eller rettslig, jf. avsnitt 25. Det var dessuten kommet nye momenter til i rettskildebildet, ikke minst gjennom EMDs dom i saken *Lindheim mfl. mot Norge* som

vist til tidligere. EMK P1-1 ble verken prosedert eller drøftet i 2007-saken. Saken gjaldt altså utelukkende om et prejudikat skulle fravikes.

- (28) Hovedsaken som habilitetsspørsmålet i nærværende sak er avledet av, skiller seg fra hva som var situasjonen i Rt. 2015 side 250.
- (29) Jeg vil først og fremst peke på at den eventuelt ansvarsutløsende omstendighet i erstatningssøksmålet ekteparet A og B har anlagt mot staten, er anført å være det innhold tomtfesteloven § 15 andre ledd nr. 2 fikk gjennom 2006-avgjørelsen. 2006-saken som de berørte dommerne dømte i, er – slik erstatningssøksmålet er lagt opp – et nødvendig element i årsaksrekken. Dette var ikke situasjonen i Rt. 2015 side 250.
- (30) Dernest er den ene parten – ekteparet A og B – den samme som i 2006-saken.
- (31) Videre vil de ankende parter, som følge av at staten bestrider at saken ville ha fått et motsatt utfall om man tenker "tvillust"-kriteriet borte, foreta en omfattende gjennomgang av faktiske og rettslige sider ved den aktuelle avtalen. Dette utgjør en sentral del av de ankende parters anførsel om at dommen etter P1-1 utgjør et "inngrep" i deres rettigheter. I forbindelse med spørsmålet om det foreligger konvensjonsbrudd og erstatningsplikt for staten vil Høyesterett etter dette måtte ta stilling til om dommen fra 2006, ut fra Norges folkerettslige forpliktelser allerede på domstidspunktet, var uriktig både på faktisk og rettslig grunnlag.
- (32) Vi står altså ikke utelukkende overfor et spørsmål om dommerne er habile til å ta del i en avgjørelse om eventuell fravikelse av et prejudikat. Problemstillingen er for alle praktiske formål om dommerne kan være med å ta standpunkt til de samme faktiske og rettslige spørsmål som de tidligere har avgjort, med mulig erstatningsansvar til følge. Situasjonen har betydelige likhetspunkter med hva som var avgjørende i EMDs dom 29. juli 2004 i saken *San Leonard Band Club mot Malta* avsnitt 62-64, som det også er vist til i Rt. 2015 side 250 avsnitt 22 og som jeg tidligere har gjengitt. EMD fant det der avgjørende at dommerne "were called upon to assess and determine whether their own application of the law had been adequate and sufficient". Etter mitt syn er dette også situasjonen i foreliggende sak. Jeg kan ikke se at det for habiliteten da spiller noen rolle at EMK P1-1 verken ble prosedert eller drøftet i 2006-saken.
- (33) Ut fra standarden om at dommeren ikke skal delta i avgjørelsen dersom det objektivt sett er rimelig og saklig grunn til å trekke vedkommendes uhildethet i tvil, er jeg på bakgrunn av min gjennomgang kommet til at justitiarius Øie og dommerne Skoghøy, Endresen og Tønder viker sete i sak 2015/1777.
- (34) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Justitiarius Øie og dommerne Skoghøy, Endresen og Tønder viker sete i sak 2015/1777.

- (35) Dommar **Utgård:** Eg er i det hovudsaklege og i resultatet einig med førstvoterande.
- (36) Dommer **Indreberg:** Likeså.
- (37) Dommer **Bårdsen:** Likeså.
- (38) Dommer **Webster:** Likeså.
- (39) Dommer **Normann:** Likeså.
- (40) Dommer **Bull:** Likeså.
- (41) Dommer **Kallerud:** Likeså.
- (42) Dommer **Ringnes:** Likeså.
- (43) Dommer **Arntzen:** Likeså.
- (44) Dommer **Matningsdal:** Likeså.
- (45) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Justitiarius Øie og dommerne Skoghøy, Endresen og Tønder viker sete i sak 2015/1777.

Riktig utskrift bekreftes: