



NORGES HØYESTERETT

Den 2. november 2016 ble det av Høyesteretts ankeutvalg bestående av dommerne Skoghøy, Bårdsen og Arntzen i

HR-2016-02244-U, (sak nr. 2016/1883), sivil sak, begjæring om oppfriskning:

A

truffet slik

B E S L U T N I N G :

- (1) Avgjørelsen gjelder habiliteten for dommere i Høyesteretts ankeutvalg ved avgjørelse av en begjæring om avgjørelsesoppfriskning etter tvisteloven § 16-11 første ledd.
- (2) Ved Høyesteretts ankeutvalgs kjennelse 26. september 2016 i sak nr. 2016/1731 (HR-2016-2003-U) ble As anke over Gulating lagmannsretts beslutning 2. juni 2016 i sak nr. 16-045627ASK-GULA/AVD2 avvist som følge av manglende gebyrbetaling.
- (3) Kjennelsen er avsagt av dommerne Matningsdal, Noer og Bergsjø.
- (4) A begjærte 30. september 2016 avgjørelsesoppfriskning, og har i korte trekk anført at Høyesterett ikke har behandlet søknad om fri sakførsel og fritak for rettsgebyret. Det er videre vist til at avgjørelsen er i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artiklene 6, 8, 13, 14 og 17 samt FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artiklene 2, 14 og 25.
- (5) Det er på denne bakgrunn oppstått spørsmål om dommerne Matningsdal, Noer og Bergsjø kan behandle begjæringen om oppfriskning. Avgjørelsen av dommernes habilitet er forelagt tre andre dommere i tråd med domstoloven § 116.
- (6) *Høyesteretts ankeutvalg* bemerker:
- (7) Etter domstoloven § 108 er en dommer inhabil dersom det foreligger "særegne omstendigheter ... som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet". Bestemmelsen må forstås i samsvar med retten til rettfærdig rettergang for en uavhengig domstol etter EMK artikkel 6 nr. 1, SP artikkel 14 nr. 1 og Grunnloven § 95. Etter praksis fra Den europeiske

menneskerettsdomstol er en dommer ikke bare inhabil dersom han faktisk må forventes å være påvirket av utenforliggende hensyn ("den subjektive test"), men også dersom det slik forholdene fremstår utad, kan være grunn til å trekke dommerens nøytralitet og uavhengighet i tvil ("den objektive test"), se blant annet HR-2016-956-S avsnitt 21–25.

- (8) I Rt. 2015 side 74 har Høyesteretts ankeutvalg lagt til grunn at en tingrettsdommer som først hadde tatt stilling til om det var grunnlag for å gi oppfriskning for oversittelse av tilsvarsfrist og deretter hadde avsagt fraværssdom, ikke kunne avgjøre begjæring om oppfriskning av fraværssdommen. Etter ankeutvalgets oppfatning bør denne avgjørelsen fravikes.
- (9) Etter rettspraksis kan en dommer bli inhabil dersom det i en ny sak må tas stilling til de samme eller tilnærmet samme faktiske problemstillinger som i en tidligere sak, se Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave 2014, side 181 med videre henvisninger til praksis. Forholdet stiller seg annerledes dersom en dommer *i samme sak* må ta stilling til problemstillinger som han har tatt stilling til på et tidligere stadium av saken for samme instans. Det har for eksempel vært ansett som sikker rett at den dommer som har truffet en midlertidig avgjørelse, som hovedregel ikke er inhabil til å pådømme hovedsaken når den kommer til behandling i samme instans, se Skoghøy, *op.cit.* side 179–180. Det er også sikker rett at en dommer som har truffet en avgjørelse som kan omgjøres, som hovedregel ikke er inhabil til å ta stilling til begjæring om omgjøring. For at en dommer skal bli inhabil til å ta stilling til spørsmål som han har tatt stilling til på et tidligere stadium av saken for samme instans, må det foreligge særlige omstendigheter. Som eksempel kan nevnes at dommeren har uttalt seg om parter eller vitners troverdighet på en måte som gjør ham inhabil til å ta stilling til samme spørsmål på nytt.
- (10) Den omstendighet at fristoppfriskning etter tvisteloven § 16-6 er nektet, er ikke til hinder for begjæring om avgjørelsesoppfriskning etter § 16-11 første ledd. Vilåårene for frist- og avgjørelsesoppfriskning er langt på veg de samme, se § 16-12. Slik reglene om frist- og avgjørelsesoppfriskning er utformet, ligger det således i systemet at retten må ta stilling til samme eller tilnærmet samme spørsmål to ganger i samme instans. Det vil være uheldig om en dommer som har nektet fristoppfriskning, uten videre skal bli inhabil til å treffe avgjørelse om avgjørelsesoppfriskning. Etter ankeutvalgets oppfatning bør en dommer som har nektet fristoppfriskning, bare bli inhabil til å avgjøre begjæring om avgjørelsesoppfriskning dersom han ved behandlingen av begjæringen om fristoppfriskning har uttalt seg på en måte som inhabiliserer ham til å ta stilling til spørsmålet på nytt.
- (11) Etter tvisteloven § 16-12 første ledd andre punktum skal avgjørelsesoppfriskning gis når en fraværssavgjørelse er truffet "med urette". Med dette siktes først og fremst til tilfeller hvor ett eller flere av vilåårene for fraværssavgjørelse mangler, jf. Skoghøy, *op.cit.* side 717–718.
- (12) I Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven), side 427 er det uttalt at uttrykket "med urette" også omfatter tilfeller hvor rettsanvendelsen er feil eller bevisvurderingen er uriktig. Det er imidlertid en forutsetning for at en innholdsmessig feil skal medføre at fraværssavgjørelsen er avsagt med urette, at feilen gjelder spørsmål som retten ved avsigelsen av fraværssavgjørelsen hadde kompetanse til å prøve. Etter § 16-10 skal en fraværssdom bygge på saksøkerens påstandsgrunnlag når dette er meddelt saksøkte og ikke framtrer som åpenbart uriktig. Den omstendighet at det ved avgjørelsen av en begjæring om avgjørelsesoppfriskning kan bli nødvendig å ta stilling til om saksøkerens påstandsgrunnlag var åpenbart uriktig, og derfor ikke skulle ha vært lagt til grunn ved avsigelsen av fraværssdommen, kan etter ankeutvalgets oppfatning ikke i seg selv være inhabiliserende.

- (13) I den foreliggende saken har dommerne Matningsdal, Noer og Bergsjø ved avvisningskjennelsen 26. september 2016 ikke tatt stilling til annet enn at ankegebyr ikke var betalt. Dette kan ikke gjøre dem inhabile til å behandle begjæring om oppfriskning av denne avgjørelsen.
- (14) Beslutningen er enstemmig.

S L U T N I N G :

Dommerne Matningsdal, Noer og Bergsjø er habile til å behandle begjæringen om avgjørelsesoppfriskning.

Arnfinn Bårdsen
(sign.)

Jens Edvin A. Skoghøy
(sign.)

Wenche Elizabeth Arntzen
(sign.)

Riktig utskrift: