



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 21. desember 2023 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Ragnhild Noer
dommer Henrik Bull
dommer Knut Erik Sæther
dommer Are Stenvik

HR-2023-2431-A, (sak nr. 23-088915SIV-HRET)

Begjæring om gjenåpning av Norges Høyesteretts sak nr. 22-109945SIV-HRET

A

B

(advokat Henning Rosenlund Wahlen
– til prøve)

mot

Staten v/Skattedirektoratet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Håkon Christian Nyhus)

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

(1) Dommer **Stenvik:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder begjæring om gjenåpning av en sak i Høyesterett. Spørsmålet er om en konstituert dommer som deltok ved behandlingen, var inhabil fordi hun er fast tilsatt som lagdommer ved den lagmannsretten saken var behandlet ved.
- (3) Høyesterettssaken som begjæres gjenåpnet, sak nr. 22-109945SIV-HRET, gjaldt spørsmål om foreldelse av erstatningskrav fra to næringsdrivende skattytere mot staten ved Skattedirektoratet som følge av ugyldige ligningsvedtak. Oslo tingrett, som besluttet at det skulle forhandles særskilt om foreldesspørsmålet, kom til at kravet var foreldet. Skattyternes anke til Borgarting lagmannsrett ble forkastet. Hovedspørsmålet for Høyesterett var om foreldelsesfristen for erstatningskrav som følge av ugyldige ligningsvedtak starter å løpe fra det ugyldige vedtaket, eller først fra Skatteklagenemndas endelige vedtak i saken.
- (4) Under saksforberedelsen i Høyesterett ble partene 13. mars 2023 på vanlig måte orientert om rettens sammensetning, herunder om at en konstituert dommer, Hedda Remen, skulle delta ved pådømmelsen. De ble oppfordret til umiddelbart å ta kontakt med direktøren i Høyesterett ved eventuelle innsigelser. Det kom ingen innsigelser, verken som svar på brevet eller da rettens leder ved innledningen til de muntlige forhandlingene 21. og 22. mars 2023 spurte om det var innvendinger mot rettens sammensetning.
- (5) Høyesteretts dom, HR-2023-877-A, ble avsagt 10. mai 2023. Høyesterett kom under dissens til samme resultat som lagmannsretten og forkastet skattyternes anke. Lagdommer Remen – som var konstituert i Høyesterett fra 6. mars til 30. juni 2023 – var førstvoterende og representerte et flertall på fire dommere som bygde på at fristen løp fra skattekontorets ugyldige vedtak, og at erstatningskravet dermed var foreldet. Én dommer mente at fristens utgangspunkt måtte være datoen for Skatteklagenemndas endelige vedtak, og at erstatningskravet ikke var foreldet.
- (6) En knapp måned etter at skattyternes anke var forkastet av Høyesterett, innga de 7. juni 2023 begjæring om gjenåpning av saken etter tvisteloven § 31-3 første ledd bokstav a, under henvisning til at Remen ikke skulle gjort tjeneste på grunn av inhabilitet. Begjæringen var begrunnet med at hun arbeidet i Borgarting lagmannsrett da saken ble behandlet der, og at hun skulle tilbake dit etter endt konstitusjon.
- (7) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 14. september 2023 at begjæringen om gjenåpning skulle behandles av Høyesterett i avdeling med fem dommere.
- (8) Under saksforberedelsen i Høyesterett er det innhentet skriftlige uttalelser fra Høyesteretts direktør, Bente J. Kraugerud, fra førstelagmann i Borgarting lagmannsrett, Marianne Vollan, og fra lagdommer Hedda Remen.

Partenes syn på saken

- (9) De begjærende parter – A og B – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (10) Saken må gjenåpnes fordi Remen var inhabil som dommer etter domstolloven § 108.
- (11) En konstituert dommer er inhabil ved behandlingen av anke over en sak som er avgjort av den domstolen vedkommende er fast tilsatt ved, og som han eller hun skal tilbake til etter endt konstitusjon. Dette følger av dommen i Rt-2011-1133, hvor en tingrettsdommer som var konstituert i lagmannsretten, ble ansett inhabil. De hensynene dommen bygger på, er like relevante ved konstitusjoner i Høyesterett. Kjennelsen i Rt-1992-758, som går i motsatt retning, kan ikke lenger anses som uttrykk for gjeldende rett. Reglene om habilitet er blitt strengere gjennom de seneste 30 årene.
- (12) Det er ikke avgjørende om den domstolen som den konstituerte dommeren er fast tilsatt ved, er liten eller stor. Hensynet til enkle og praktikable habilitetsregler taler for at man – som i Rt-2011-1133 – oppstiller et generelt utgangspunkt om inhabilitet uavhengig av domstolens størrelse.
- (13) Begjæringen kan ikke forkastes som for sent fremsatt, jf. tvisteloven § 31-5 annet ledd og domstolloven § 111. Inhabilitetsgrunnen – at konstituert dommer Remen er fast tilsatt ved Borgarting lagmannsrett – var ukjent for de begjærende parter frem til domsavsigelsen i Høyesterett. De kan ikke bebreides for sin uvitenhet.
- (14) Heller ikke begrensningen i tvisteloven § 31-5 tredje ledd er til hinder for gjenåpning. Det er en reell mulighet for at en ny behandling av saken vil lede til en endring av betydning for de begjærende parter. Det kreves ikke at inhabiliteten kan ha påvirket resultatet da saken opprinnelig ble behandlet i Høyesterett.
- (15) A og B har lagt ned slik påstand:
- «Norges Høyesteretts sak 22-109945SIV-HRET gjenåpnes.»
- (16) Motparten – *staten ved Skattedirektoratet* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (17) Konstituert dommer Remen var ikke inhabil etter domstolloven § 108, og det er ikke grunnlag for å gjenåpne saken. Kjennelsen i Rt-1992-758 er avgjørende for vårt typetilfelle. Den generelle utviklingen mot strengere habilitetskrav taler ikke for å fravike den rettsoppfatningen kjennelsen bygger på. Dommen i Rt-2011-1133 gjelder et annet typetilfelle – konstitusjoner i lagmannsrettene – og bygger på hensyn som har liten vekt ved konstitusjoner i Høyesterett. Den kan derfor ikke anses avgjørende.
- (18) Under enhver omstendighet må det skje en konkret vurdering. Dommen i Rt-2011-1133 gjaldt konstitusjon av en dommer fra en liten tingrett med bare fire dommere. Vår sak gjelder en konstitusjon fra landets største lagmannsrett med for tiden om lag 60 faste embetsdommere. Risikoen for uformell informasjonsspredning er da vesentlig mindre enn den er i en liten domstol.

- (19) Inhabilitetsinnsigelsen burde vært fremsatt under sakens ordinære behandling, og gjenåpning er derfor under enhver omstendighet utelukket etter tvisteloven § 31-5 annet ledd.
- (20) Også bestemmelsen i tvisteloven § 31-5 tredje ledd står i veien for gjenåpning. Det er ikke nok med en reell mulighet for at ny behandling av saken vil føre til et annet resultat. Gjenåpning kan bare besluttes dersom inhabiliteten kan ha påvirket resultatet ved sakens ordinære behandling i Høyesterett.
- (21) Staten ved Skattedirektoratet har lagt ned slik påstand:
- «1. Begjæringen om gjenåpning forkastes.
 2. Staten v/Skattedirektoratet tilkjennes sakskostnader.»

Mitt syn på saken

Rettslige utgangspunkter

- (22) Det følger av tvisteloven § 31-2 første og annet ledd at rettskraftige avgjørelser kan gjenåpnes. Gjenåpning innebærer – hvis det besluttes – at den gjenåpnede saken skal behandles på nytt ved samme eller sideordnet domstol, jf. tvisteloven § 31-1 tredje og fjerde ledd og § 31-8 tredje ledd.
- (23) Begjæringer om gjenåpning behandles som hovedregel etter reglene om anke over beslutninger og kjennelser, så langt disse passer, jf. § 31-8 første ledd.
- (24) Gjenåpning er et ekstraordinært rettsmiddel, og vilkårene for gjenåpning er strenge. En av de grunnene som kan føre til gjenåpning, er etter § 31-3 første ledd bokstav a at «en dommer som etter loven ikke kunne gjøre tjeneste, har deltatt i behandlingen av saken». Inhabilitet omfattes av dette.
- (25) Reglene om habilitet for dommere finner man i domstolloven § 106 til § 108. Etter domstolloven § 106 er en dommer inhabil i bestemte tilfeller, herunder etter nr. 8 når han eller hun «tidligere har hatt med saken å gjøre» som dommer i en lavere instans. Verken denne bestemmelsen eller § 107 er aktuelle i vår sak.
- (26) En dommer er videre inhabil etter domstolloven § 108 hvis «andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til» dommerens nøytralitet og uavhengighet. Spørsmålet i vår sak er om konstituert dommer Remens faste tilknytning til Borgarting lagmannsrett gjorde henne inhabil etter denne bestemmelsen.
- (27) Om vurderingen etter domstolloven § 108 heter det i plenumsavgjørelsen HR-2020-2079-P avsnitt 18:
- «Domstolova § 108 skal praktiserast i samsvar med dei krava til ein uavhengig og upartisk domstol som følgjer av Grunnlova § 95 fyrste ledd og praksis frå Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) om EMK artikkel 6 nr. 1, jf. HR-2016-2311-P avsnitt 13. Vurderinga har etter fast praksis ei subjektiv og ei objektiv side.»

- (28) Vurderingstemaet er utdypet i Rt-2013-1570 avsnitt 20, som er gjengitt i flere senere avgjørelser, herunder i den nevnte plenumsavgjørelsen:

«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-2011-1348 avsnitt 46. Dette har medført en innstramning av habilitetsreglene og innebærer at eldre praksis ikke alltid vil være veiledende for hva som er rettstilstanden i dag.»

- (29) Den objektive tilnærmingen ble fremhevet allerede i Rt-1976-168 på side 170 og Rt-1997-1318 på side 1321, og er senere gjentatt en rekke ganger, herunder i plenumsavgjørelsene HR-2020-2079-P avsnitt 19 og HR-2022-2360-P avsnitt 12.
- (30) Min oppsummering så langt er at det sentrale vurderingstemaet ved habilitetsvurderingen etter domstoloven § 108 er om det foreligger konkrete omstendigheter som for utenforstående skaper berettiget – rimelig og saklig – tvil om dommerens nøytralitet og uavhengighet.
- (31) Med dette går jeg over til å se nærmere på habilitetsvurderingen for konstituerte dommere i ankesaker når dommeren er fast tilknyttet den domstolen som har truffet den påankede avgjørelsen.

Habilitetsvurderingen for konstituerte dommere

- (32) Enhver ankesak skal være gjenstand for ubundet prøving i høyere instans, jf. Rt-1997-1318 på side 1321. Et utslag av dette kravet er bestemmelsen i domstoloven § 106 nr. 8 om at en dommer er inhabil hvis han eller hun har hatt med saken å gjøre i lavere instans. En mer vidtrekkende og generell regel om utelukkelse finnes i domstoloven § 10 annet ledd siste punktum, som sier at dommere «fra den tingrett som har behandlet saken i første instans», ikke kan tilkalles til tjeneste i lagmannsretten. Da denne regelen ble innført, la man til grunn at en dommer ikke automatisk blir *inhabil* når saken tidligere har vært behandlet av andre dommere ved samme embete, men at det likevel ville være uheldig om vedkommende skulle gjøre tjeneste som tilkalt dommer i ankeinstansen fordi det kan «gi grobunn for spekulasjoner», jf. Ot.prp. nr. 16 (1988–1989) side 27. I Rt-2010-1601 *krysskonstitusjon* kom Høyesterett til at bestemmelsen bare gjelder for dommere som arbeider fast ved den aktuelle tingretten, og ikke skal anvendes analogisk for dommere som har vært konstituert i vedkommende domstol. Under dissens ble den aktuelle tilknytningen heller ikke funnet å føre til inhabilitet etter § 108.
- (33) Ved reglene i domstoloven § 10 annet ledd siste punktum og § 106 nr. 8 har lovgiver tatt stilling til hva som skal til for at en dommer med tilknytning til lavere instans *generelt* er avskåret fra å delta ved pådømmelsen av en ankesak. Andre former for tilknytning vurderes etter § 108 og vil føre til inhabilitet om det foreligger *konkrete og særlige forhold*

som ikke fanges opp av § 10 annet ledd siste punktum eller § 106, men som likevel skaper rimelig og saklig grunnlag for tvil om dommerens nøytralitet og uavhengighet, jf. Rt-2010-1601 avsnitt 41. Jeg nevner i denne sammenheng også at en dommer på forhånd plikter å si fra til partene om det er forhold i saken som kan gi grunnlag for inhabilitet etter § 108, jf. § 113.

- (34) Kjennelsen i Rt-1992-758 synes å være den eneste avgjørelsen hvor Høyesterett har tatt stilling til om en dommer fra lagmannsretten er habil som konstituert dommer i Høyesterett ved overprøving av saker fra egen lagmannsrett. Førstvoterende uttalte her:

«Jeg vil understreke at jeg ser det slik at en førstelagmann som er konstituert dommer i Høyesterett i alminnelighet kan delta ved avgjørelser som gjelder anke over dommer avsagt av lagmannsretten når han – som her – ikke selv har hatt noen befatning med saken ved lagmannsretten.»

- (35) Etter en konkret vurdering kom Høyesterett til at førstelagmannen likevel måtte vike sete. Årsaken var at det dreide seg om en meget alvorlig straffesak som hadde vakt stor oppsikt, og hvor forsvarerne hadde anført at den aktuelle lagmannsretten hadde lagt seg på et straffenivå vesentlig over det man ellers var kjent med fra lignende saker.
- (36) Både Rt-1992-758 og Rt-2010-1601 bygger altså på at en dommer i utgangspunktet kan delta ved overprøvingen av en sak fra en lavere instans som han eller hun er tilknyttet, men at vedkommende kan være inhabil som følge av konkrete forhold.
- (37) De begjærende parter har anført at dette utgangspunktet ikke kan opprettholdes i lys av den innskjerpingen i habilitetsvurderingene som senere har funnet sted, og at dommen i Rt-2011-1133 gir støtte for at konstituerte dommere generelt må anses inhabile ved behandlingen av ankesaker fra den domstolen han eller hun er fast tilsatt ved og skal tilbake til.
- (38) Jeg ser først på hva som kan utledes av dommen i Rt-2011-1133. Spørsmålet i den saken var om en konstituert dommer i lagmannsretten var inhabil etter domstolloven § 108 ved overprøvingen av en avgjørelse som var fattet av en kollega i den tingretten hvor han var fast tilsatt. Høyesteretts flertall – tre dommere – kom til at den konstituerte dommeren var inhabil selv om han ikke hadde hatt med saken å gjøre i tingretten. Det ble lagt vekt på hensynet bak bestemmelsen i domstolloven § 10 annet ledd siste punktum, som er å «hindre at dommeravgjørelser overprøves av dommerkolleger man har et løpende arbeidsfellesskap og daglig faglig og sosialt samkvem med», se avsnitt 25. Den rettssetningen som flertallet bygde på, er i avsnitt 28 formulert slik:

«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.»

- (39) Det habilitetsspørsmålet som Høyesterett tok stilling til i Rt-2011-1133, er nær beslektet med det som forelå i Rt-1992-758, og med det som vår sak gjelder, fordi de reiser lignende spørsmål om uavhengighet. Spørsmålet blir dermed om dommen i Rt-2011-1133 må forstås slik at den fravek den generelle uttalelsen i Rt-1992-758 om at lagdommere som er konstituert i Høyesterett, «i alminnelighet» kan delta ved overprøving av avgjørelser fra den lagmannsretten de er fast tilknyttet. Slektskapet mellom de to situasjonene er i rettslitteraturen tatt til inntekt for at uttalelsen i Rt-1992-758 må anses fraveket gjennom

avgjørelsen i Rt-2011-1133. Jeg er ikke enig i dette. Flertallet tar ikke uttrykkelig avstand fra den rettsoppfatningen som kommer til uttrykk i den eldre avgjørelsen, og rettssetningen som formuleres i dommens avsnitt 28, som jeg nettopp har gjengitt, er eksplisitt begrenset til konstitusjoner i lagmannsrettene.

- (40) Spørsmålet blir etter dette om det *i vår sak* er grunn til å fravike den rettsoppfatningen som kommer til uttrykk i Rt-1992-758, i lys av den rettsutviklingen som senere har funnet sted.
- (41) Som det fremgår av det jeg gjenga fra avgjørelsen i Rt-2013-1570 avsnitt 20, har det i rettspraksis funnet sted en utvikling i retning av et skjerpet habilitetskrav. Dette er gjentatt i flere senere avgjørelser, herunder i plenumsavgjørelsene HR-2020-2079-P avsnitt 18 og HR-2022-2360-P avsnitt 11. Høyesterett påpeker i Rt-2011-1133 avsnitt 19 at denne utviklingen allerede da hadde pågått «de to siste tiår». Mindretallet fremhever den samme utviklingen i avsnitt 43.
- (42) Utviklingen i synet på habilitetsreglene er i første rekke en følge av retten til en rettfærdig rettergang etter Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 6 nr. 1. Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD) har i en rekke avgjørelser fremhevet at inhabilitet ikke bare foreligger om det er grunn til å frykte at en dommer kan påvirkes av uvedkommende hensyn, men også om forholdene, slik de fremstår utad, gir saklig grunn til å trekke dommerens nøytralitet og uavhengighet i tvil.
- (43) De begjærende parter har ikke gjort gjeldende at konstituert dommer Remens deltakelse i den saken som er begjært gjenåpnet, krenket deres rett etter EMK artikkel 6 nr. 1. Jeg er enig i at forholdet til EMK artikkel 6 nr. 1, slik bestemmelsen har vært fortolket av EMD, ikke er problematisk i vår sak. Hensynet til konvensjonsforpliktelsene gir derfor ikke grunnlag for å fravike uttalelsen i Rt-1992-758.
- (44) Spørsmålet blir derfor om det i lys av utviklingen i norsk rett er grunn til å fravike avgjørelsen i Rt-1992-758.
- (45) I den forbindelse peker jeg først på at det hører til dagens orden at en embetsdommer behandler og avgjør saker som en annen dommer i samme eller lavere instans allerede har tatt stilling til, eller som på andre måter berører kolleger. Når dette anses som ubetenkelig, er det fordi det etter fast praksis kan legges til grunn som et alminnelig utgangspunkt at dommere forholder seg profesjonelt og upartisk også til saker som tidligere har vært behandlet av kolleger, jf. Rt-2003-1588 avsnitt 9, HR-2016-106-A avsnitt 25, HR-2017-1580-U avsnitt 8 og HR-2018-1936-A avsnitt 15. Det er en grunnleggende premiss for uavhengige dommere – som enhver embetsdommer må forventes å være fortrolig med og respektere – at han eller hun ikke uten saklig grunn lar seg påvirke av kollegers synspunkter eller interesser.
- (46) Denne forutsetningen om at dømmende virksomhet utøves upåvirket av kollegiale forhold, kommer til uttrykk i flere sammenhenger.
- (47) Om en dommer har truffet en påanket avgjørelse mens han eller hun var dommer i lavere instans, blir kollegene i ankeinstansen ikke inhabile av den grunn. Den omstendighet at én dommer ved et embete er inhabil, gjør ikke de andre dommerne inhabile. I HR-2017-1580-U ble det i tråd med dette lagt til grunn at det forhold at en nyutnevnt lagmann hadde avsagt en avgjørelse som dommer i tingretten, ikke generelt var egnet til å

svekke tilliten til de øvrige dommerne i lagmannsretten ved overprøvingen av denne avgjørelsen. Det ble ikke ansett å være av betydning at den aktuelle dommeren hadde en lederstilling i lagmannsretten, ettersom en lagmann ikke står i noe overordningsforhold til de øvrige dommerne når det gjelder deres dømmende virksomhet. Avgjørelsen HR-2022-336-U bygger på den samme rettsoppfatningen. Her heter det i avsnitt 12 at

«det må forventes at dommerne som skal behandle ankesaken, unngår interne diskusjoner om saken i fora der den inhabile dommeren deltar. Situasjonen skiller seg for så vidt ikke fra andre situasjoner der en av dommerne i ankedomstolen av ulike grunner er inhabil ved behandlingen av en sak».

(48) Ut fra lignende overveielser anses en nytnevnt dommer i lagmannsretten i utgangspunktet som habil selv om den påankede saken er behandlet av hans tidligere kolleger i tingretten, jf. HR-2017-198-U. Det samme gjelder om det er en kollega i samme domstol som har truffet den tidligere avgjørelsen, jf. Rt-2005-54 avsnitt 26.

(49) For begjæringer om gjenåpning bestemmer tvisteloven § 31-1 tredje ledd at avgjørelser fra tingrett og lagmannsrett skal behandles ved sideordnet domstol. I lovproposisjonen er denne ordningen begrunnet med et ønske om å «motvirke mistanke om at den som tar stilling til begjæringen, bevisst eller ubevisst lar kollegiale hensyn eller hensynet til domstolens prestisje påvirke avgjørelsen», jf. Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 270. Uttalelsen kan ikke oppfattes som uttrykk for at de andre dommerne ved samme embete er inhabile. I Tvistelovsutvalgets utredning, NOU 2001: 32 A *Rett på sak*, heter det om dette på side 438:

«Etter utvalgets oppfatning er det ikke grunn til å tvile på at domstolene behandler begjæringer om gjenåpning like upartisk og objektivt som andre saker. At dommerkollegers avgjørelser overprøves, hører til dagens orden. Dette er noe embetsdommere er fortrolige med.»

(50) Når man likevel valgte å legge avgjørelsen om gjenåpning til sideordnet tingrett og lagmannsrett, skyldtes det at man på straffeprosessens område nylig hadde lagt denne avgjørelsen til et særskilt organ – Gjenopptakelseskommisjonen – og at å legge avgjørelsen til en sideordnet domstol ikke ble ansett å medføre økt tids- og ressursbruk av betydning, jf. NOU 2001: 32 A side 439 og Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) side 270. Dersom saken gjenåpnes, kan andre dommere ved den samme domstolen som har besluttet gjenåpning, behandle den gjenåpnede saken.

(51) Begjæringer om gjenåpning av høyesterettssaker behandles etter tvisteloven § 31-1 fjerde ledd av Høyesterett selv, og det samme gjelder ved eventuell ny behandling av en gjenåpnet sak. Det har ikke vært ansett som en aktuell problemstilling å oppnevne settedommere i slike saker.

(52) Som min gjennomgåelse viser, bygger vår prosessordning på en forutsetning om at dommere er i stand til å dømme upartisk og uavhengig uten å la seg påvirke av hensynet til kolleger som man har et løpende arbeidsfellesskap med. Uten slik tillit til embetsdommerne vil en grunnleggende premisse for domstolsprosessen svikte. Jeg kan derfor ikke se at det utgangspunktet som oppstilles i Rt-1992-758 – at en lagdommer som er konstituert i Høyesterett, kan delta ved overprøving av avgjørelser fra egen lagmannsrett – er i utakt med dagens rettsoppfatning.

- (53) De begjærende parter har sterkt fremhevet behovet for enkle og praktikable habilitetsregler. Dette taler etter deres syn for at man oppstiller alminnelige utgangspunkter for vanlige typetilfeller – i vår sak et utgangspunkt om inhabilitet – slik flertallet i Rt-2011-1133 gjorde for konstitusjoner av tingrettsdommere i lagmannsrettene.
- (54) Jeg har vanskelig for å se at et alminnelig utgangspunkt om inhabilitet for dommere fra lagmannsrettene lar seg forene med domstoloven § 108. Bestemmelsen forutsetter, som jeg allerede har vært inne på, en vurdering av om det foreligger konkrete forhold som skaper berettiget tvil om dommerens nøytralitet og uavhengighet.
- (55) Dette utgangspunktet nevnes også av førstvoterende i Rt-2011-1133 avsnitt 23, før hun fremhever fordelene ved å angi alminnelige utgangspunkter for vanlige typetilfeller. Når hun deretter i avsnitt 28 stiller opp en regel om at tingrettsdommere som er konstituert i lagmannsrettene, er inhabile ved overprøving av saker fra egen domstol, er det på bakgrunn av at den aktuelle tingretten var liten, og fordi hun anså det som usikkert om det rettssøkende publikum vil oppfatte at den kollegiale tilknytningen mellom kolleger i de større tingrettene er mindre tett. Hensynet til klarhet og enkelhet talte da for å stille opp en alminnelig regel for dommere fra alle tingretter. Senere er tingrettene blitt færre og større, særlig etter den domstolsreformen som ble gjennomført i 2021. I vår sak er det ikke nødvendig å ta stilling til om den regelen som ble formulert for dommere fra tingrettene i Rt-2011-1133, kan opprettholdes i lys av denne utviklingen. Det avgjørende er at et utgangspunkt om inhabilitet ikke kan gjelde for konstituerte dommere fra lagmannsrettene, som alle er relativt store domstoler.
- (56) Min konklusjon så langt er at en dommer fra den lagmannsretten som en påanket avgjørelse stammer fra, i utgangspunktet kan delta ved overprøvingen som konstituert dommer i Høyesterett, såfremt han eller hun ikke selv har hatt befatning med saken i den lavere instansen. For at inhabilitet skal inntre etter domstoloven § 108, må det foreligge særegne omstendigheter som er egnet til å skape berettiget tvil om dommerens nøytralitet og uavhengighet. Dette må vurderes konkret.
- (57) Jeg bemerker at det jeg her tar sikte på, er de sakene hvor dommere må overprøve hverandres avgjørelser i kraft av sin profesjonelle stilling. Vurderingen vil være annerledes når det er spørsmål om inhabilitet fordi en dommer har et nært forhold til en part i saken.

Den konkrete vurderingen

- (58) De begjærende parter har ikke gjort gjeldende at konstituert dommer Remen var eller måtte forventes å være påvirket av uvedkommende hensyn. De har heller ikke gjort gjeldende at hennes personlige forhold til de dommerne som deltok ved behandlingen av saken i lagmannsretten, er egnet til å svekke tilliten til hennes nøytralitet og uavhengighet. Jeg er enig i at det ikke foreligger subjektive forhold eller personlige relasjoner som kan begrunne inhabilitet etter domstoloven § 108. Det springende punkt blir derfor om Remens stilling som fast embetsdommer ved Borgarting lagmannsrett, ga rimelig og saklig grunn til å tvile på at hun ville overprøve den påankede avgjørelsen upartisk og uavhengig som konstituert dommer i Høyesterett.

- (59) Den objektive vurderingen av en konstituert dommers habilitet må ta utgangspunkt i hvordan forholdet i alminnelighet og på saklig grunnlag fremtrer for det rettsøkende publikum, og ikke i hva enkeltpersoner eventuelt kan tro, jf. Rt-2010-1601 avsnitt 35.
- (60) Ved den konkrete vurderingen av om kollegiale forhold medfører inhabilitet, kan forskjellige forhold være relevante.
- (61) Saken i Rt-2011-1133 gjaldt en liten domstol med bare fire dommere, og det ble i avsnitt 28 vist til at det for utenforstående må «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». Størrelsen av et arbeidsfelleskap har også i andre saker vært tillagt vekt ved habilitetsvurderingen, jf. blant annet Rt-2003-1588, HR-2004-215-A, Rt-2012-289, HR-2016-681-A og HR-2019-56-U. I vår sak har vi å gjøre med en stor domstol hvor risikoen for uformell informasjonsflyt mellom kollegene sett utenfra må fremstå som liten. Vår sak er et eksempel på at forskjellen mellom små og store arbeidsfelleskap er en realitet. Lagdommer Remen har i sin skriftlige uttalelse forklart at hun ikke hadde hørt om saken før hun fikk den til behandling i Høyesterett.
- (62) Vi står heller ikke overfor en sak som er kontroversiell på samme måte som i Rt-1992-758, eller hvor utfallet kunne forventes å innebære kritikk av en kollega i lagmannsretten.
- (63) De begjærende parter har ikke påberopt noen særlige omstendigheter som grunnlag for habilitetsinnsigelsen, men har anført at konstituerte dommere generelt er utelukket fra å delta ved overprøvingen av en avgjørelse fra den domstolen vedkommende er fast tilsatt ved og skal tilbake til etter endt konstitusjon. Jeg er altså ikke enig i en slik tilnærming. Alminnelige kollegiale forhold i en stor domstol kan ikke i seg selv begrunne inhabilitet i en sak som vår. Jeg kan heller ikke se at det foreligger noen andre konkrete forhold som taler for inhabilitet.
- (64) Ut fra en samlet vurdering er jeg altså kommet til at konstituert dommer Remen ikke var inhabil til å delta i saken.
- (65) Ettersom inhabilitet ikke forelå, er det unødvendig å ta stilling til om gjenåpning er utelukket «av en grunn som parten burde ha gjort gjeldende under sakens ordinære behandling», jf. tvisteloven § 31-5 annet ledd, eller om det er «rimelig sannsynlighetsovervekt for at en ny behandling av saken ikke vil lede til en endring av betydning for parten», jf. § 31-5 tredje ledd.

Konklusjon og sakskostnader

- (66) Begjæringen om gjenåpning må etter dette forkastes.
- (67) Staten ved Skattedirektoratet har fremsatt krav om dekning av sakskostnader med 182 400 kroner, som i sin helhet er salær til prosessfullmektigen Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-2.

(68) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Begjæringen om gjenåpning forkastes.
2. I sakskostnader betaler A og B, én for begge og begge for én, til staten ved Skattedirektoratet 182 400 – etthundreogåttitotusenfirehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.

(69) Dommer **Sæther:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.

(70) Dommer **Noer:** Likeså.

(71) Dommer **Bull:** Likeså.

(72) Dommer **Webster:** Likeså.

(73) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Begjæringen om gjenåpning forkastes.
2. I sakskostnader betaler A og B, én for begge og begge for én, til staten ved Skattedirektoratet 182 400 – etthundreogåttitotusenfirehundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelsen.