



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 11. oktober 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Hilde Indreberg
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Espen Bergh
dommer Cecilie Østensen Berglund
dommer Erik Thyness

HR-2022-1959-A, (sak nr. 22-050894SIV-HRET)
Anke over Norges Høyesteretts dom 18. november 2021

Advokatfirma DLA Piper Norway DA

(advokat Sven Eriksrud)

Zurich Insurance Plc, Norway Branch

(advokat John Gjermund Flatabø)

mot

Aurstad Maskinutleige AS

(advokat Hallgrim Fagervold)

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

(1) Dommer **Falkanger:**

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder begjæring om gjenåpning av en dom avsagt av Høyesterett. Spørsmålet er om en av dommerne i saken var inhabil fordi han i en juridisk fagbok hadde tatt standpunkt til rettslige problemstillinger i saken.
- (3) Dommen gjaldt krav om erstatning for uaktsom rådgivning fra advokatfirmaet DLA Piper Norway DA (DLA Piper). Bakgrunnen for saken var at Aurstad Maskinutleige AS (Aurstad) hadde kjøpt en rekke maskiner, men samtidig avtalt at selgeren skulle leie dem. Maskinene ble derfor værende i selgerens besittelse. Transaksjonene skjedde som ledd i en større restrukturering av selskapsstrukturen til en entreprenørvirksomhet. DLA Piper var engasjert som rettslig rådgiver i denne forbindelse.
- (4) Selgeren av maskinene gikk senere konkurs, og boet gjorde gjeldende at Aurstad ikke hadde oppnådd rettsvern for ervervet siden maskinene fortsatt var i selgers besittelse. Etter forhandlinger ble saken mellom boet og Aurstad forlikt, slik at Aurstad måtte bære omtrent halvparten av tapet. Aurstad krevde sitt tap dekket av DLA Piper. Etter hvert ble kravet også rettet mot advokatfirmaets forsikringsselskap Zurich Insurance Plc, Norway Branch (Zurich Insurance).
- (5) Kravet ble begrunnet med at det var uaktsomt av DLA Piper ikke å formidle at for å oppnå rettsvern måtte maskinene ha vært overlevert Aurstad eller fratatt selgers rådighet på annen måte. I hvert fall burde advokatfirmaet ha gitt uttrykk for at det var uavklart om avtalen i seg selv ville gi rettsvern. Rettsvernsreglene for ikke registrerbart løsøre sto derfor sentralt i saken.
- (6) Oslo tingrett ga Aurstad medhold, men Borgarting lagmannsrett kom til motsatt resultat. Lagmannsretten fant at Aurstad hadde oppnådd rettsvern, og at advokatfirmaet derfor ikke hadde opptrådt uaktsomt.
- (7) Saken ble anket til Høyesterett, og ankeforhandlingen fant sted 19. og 20. oktober 2021. Allerede 11. oktober ble partene meddelt rettens sammensetning. En av de oppsatte dommerne – Østensen Berglund – meldte imidlertid søndag 17. oktober forfall til Høyesteretts direktør. I anledning begjæringen om gjenåpning har direktøren gitt en skriftlig redegjørelse for den såkalte pikettordningen i Høyesterett. Det heter der blant annet:

«Høyesterett har også en pikettordning der den av de fem dommerne i avdeling som får i oppdrag å skrive utkastet til dom, kan be seg fritatt fra å delta i en sak som starter neste dag. Denne ordningen brukes relativt ofte. Da deltar i stedet en dommer som i den aktuelle perioden er i ankeutvalget. Det samme gjelder ved kortvarig fravær på grunn av for eksempel sykdom. Det normale vil derfor være at piketten kommer inn dagen før ankeforhandlingene starter.

Pikettlisten settes opp av lederen av ankeutvalget og sendes til direktøren ... før det er kjent i hvilke saker det kan bli behov for pikett. Ved oppsettet av pikettlisten tas det

hensyn til at arbeidsbelastningen bør være rimelig jevnt fordelt, og om dommerne i ankeutvalget har andre oppgaver eller planlagte gjøremål som innebærer at de ikke kan delta i avdeling. Lederen av ankeutvalget er ikke pikett. Pikettlisten settes normalt opp slik at det er to piketter pr. uke. De angis enten i rekkefølge, eller fordelt på avdeling. Dersom det blir behov for pikett, undersøker direktøren habiliteten til den dommeren som står for tur til å være pikett. Er det ikke habilitetsforhold å ta hensyn til, benyttes pikettene i den rekkefølgen de er satt opp. Er det habilitetsforhold å ta hensyn til, går man videre til neste habile pikett på listen. Er det behov for flere enn to piketter en uke, går man normalt videre til pikettene som er satt opp uken etter.»

- (8) I henhold til disse retningslinjene ble det på formiddagen mandag 18. oktober besluttet at dommer Høgetveit Berg skulle tre inn i retten i Østensen Berglunds sted. Partene ble underrettet om dette umiddelbart.
- (9) Før dom i saken ble avsagt, fremmet partene ikke innsigelser til rettens sammensetning – heller ikke da rettens leder ved innledningen til de muntlige forhandlingene spurte om de hadde slike innsigelser.
- (10) Høyesterett avsa dom 18. november 2021. Et flertall – førstvoterende dommer Normann og dommerne Høgetveit Berg, Arntzen og Webster – kom til at som hovedregel oppnås rettsvern for ikke registrerbart løsøre ved overlevering til kjøper eller ved at selger på annen måte fratras rådigheten. Unntak kunne bare gjøres i noen typetilfeller. Den aktuelle transaksjonen falt ikke under noen av disse. Hvorvidt det var fullgod notoritet i den konkrete saken – og derved liten fare for kreditorsvik – kunne ikke være avgjørende.
- (11) Advokatfirmaet hadde erkjent ansvarsgrunnlag dersom Høyesterett kom til at avtalen ikke hadde rettsvern. De øvrige vilkårene for erstatning var ikke behandlet av lagmannsretten. Høyesterett opphevet derfor dommen.
- (12) Den 1. april 2022 fremsatte DLA Piper begjæring til Høyesterett om gjenåpning av saken under henvisning til at dommer Høgetveit Berg etter loven ikke skulle ha gjort tjeneste fordi han var inhabil, jf. tvisteloven § 31-3 første ledd bokstav a.
- (13) Begjæringen ble nærmere begrunnet med at dommer Høgetveit Berg i boken *Beslagsretten* – utgitt 11. mars 2021 – hadde gitt uttrykk for klare og uforbeholdne standpunkter til uavklarte og prinsipielle rettsspørsmål som var avgjørende for dommens konklusjoner. Zurich Insurance sluttet seg til begjæringen.
- (14) Høyesteretts ankeutvalg besluttet 11. mai 2022 at begjæringen skulle behandles av Høyesterett i avdeling.

Partenes syn på saken

- (15) Den ene begjærende parten – *Advokatfirma DLA Piper Norway DA* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (16) Saken må gjenåpnes fordi dommer Høgetveit Berg var inhabil etter domstolloven § 108 til å være dommer.

- (17) En dommer kan på forhånd gi uttrykk for standpunkter til rettsspørsmål som skal prøves av retten, uten å bli inhabil. I visse tilfeller må det imidlertid ut fra en helhetsvurdering gjøres unntak fra dette. I denne vurderingen må det særlig legges vekt på om dommeren har gitt uttrykk for et klart og uforbeholdent standpunkt i et uavklart spørsmål, om uttalelsen har falt i tilknytning til en verserende sak og hvilken betydning standpunktet har for sakens utfall, herunder om det finnes autoritative rettskilder på området. Det må også ses hen til debattklimaet uttalelsen faller som ledd i, dommerens engasjement i debatten, om standpunktet fremstår som endelig og dommerens egeninteresse i utfallet.
- (18) Dommer Høgetveit Berg hadde i *Beslagsretten* gitt uttrykk for klare og uforbeholdne standpunkter til de omtvistede og uavklarte rettsspørsmålene som skulle prøves i saken.
- (19) Da boken ble utgitt, var det nokså klart at saken ville bli behandlet i Høyesterett. Domspremissene er i stor grad bygget på dommer Høgetveit Bergs resonnementer, mens motargumenter fremsatt i nyere teori er tonet ned. Samlet sett har dette gitt partene og allmennheten grunn til å tvile på at han møtte til ankeforhandlingene med et åpent sinn og var tilstrekkelig lydhør for de fremsatte motargumentene.
- (20) Innsigelsene om inhabilitet er ikke prekludert etter tvisteloven § 31-5 andre ledd. Det er ikke grunnlag for å si at advokatfirmaet DLA Piper burde ha fremmet habilitetsinnsigelsen før ankeforhandlingen, under ankeforhandlingen eller før dommen ble avsagt.
- (21) Det er ikke rimelig sannsynlighetsovervekt for at en ny behandling av saken ikke vil lede til en endring av betydning for DLA Piper, jf. tvisteloven § 31-5 tredje ledd.
- (22) Advokatfirmaet DLA Piper Norway DA har lagt ned slik påstand:
- «1. Norges Høyesteretts dom i sak 21-046524SIV-HRET av 18. november 2021 gjenåpnes.
 2. Advokatfirmaet DLA Piper Norway DA tilkjennes sakens omkostninger.»
- (23) Den andre begjærende parten – *Zurich Insurance Plc, Norway Branch* – har anført at det bør knesettes særlig strenge habilitetsgrenser for dommere i Høyesterett, og at det generelt kan være grunn til å være strengere enn Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har vært. For øvrig har forsikringsselskapet sluttet seg til DLA Pipers anførsler og lagt ned slik påstand:
- «1. Norges Høyesteretts dom i sak 21-046524SIV-HRET av 18. november 2021 gjenåpnes.
 2. Zurich Insurance plc, Norway Branch tilkjennes sakens omkostninger.»
- (24) Motparten – *Aurstad Maskinutleige AS* – har i hovedsak gjort gjeldende:
- (25) Dommer Høgetveit Berg var ikke inhabil etter domstolloven § 108, og det er ikke grunnlag for å gjenåpne saken. Faglige ytringer innebærer i seg selv ikke «særegne omstendigheter» som medfører inhabilitet. Dette gjelder selv om en dommer har uttalt seg klart og forbeholdsløst om rettslige spørsmål som saken reiser. Unntak fra dette utgangspunkt er i det alt vesentlige begrenset til uttalelser som kan oppfattes som direkte knyttet til den verserende saken og/eller er et utslag av et ekstraordinært engasjement.

- (26) Uttalelsene i *Beslagsretten* er av generell og saklig karakter. De er ikke knyttet særskilt til den saken som sto for Høyesterett. Uttalelsene er videre i stor grad en videreføring av en allerede etablert rettsoppfatning i teorien. Under enhver omstendighet fremstår de som en ren analyse av rettsspørsmål.
- (27) Habilitetsinnsigelsen burde uansett ha vært fremsatt umiddelbart etter at det ble kjent at dommer Høgetveit Berg skulle delta i saken, og senest innen dommen ble avsagt. Adgangen til å begjære gjenåpning er derfor prekludert etter tvisteloven § 31-5 andre ledd.
- (28) Det er dessuten rimelig sannsynlighetsovervekt for at en ny behandling av saken ikke vil lede til en endring av betydning for parten, jf. tvisteloven § 31-5 tredje ledd. Også av den grunn må gjenåpning nektes.
- (29) Aurstad Maskinutleige AS har lagt ned slik påstand:
- «1. Begjæringene om gjenåpning forkastes.
 2. Aurstad Maskinutleige AS tilkjennes sakskostnader for Høyesterett.»

Mitt syn på saken

Vilkårene for gjenåpning

- (30) Det følger av tvisteloven § 31-2 første og andre ledd at rettskraftige avgjørelser kan gjenåpnes, også når de er avgjort av Høyesterett. De påfølgende bestemmelsene angir de nærmere vilkårene for slik gjenåpning. Når det gjelder feil ved rettergangen, fremgår det av § 31-3 første ledd bokstav a at gjenåpning kan begjæres «hvis en dommer som etter loven ikke kunne gjøre tjeneste, har deltatt i behandlingen av saken». At inhabilitet hos en av dommerne faller inn under dette, er ikke tvilsomt.
- (31) En sak kan imidlertid ikke begjæres gjenåpnet «av en grunn som parten burde ha gjort gjeldende under sakens ordinære behandling, ved anke eller ved begjæring om oppfriskning», jf. tvisteloven § 31-5 andre ledd. Gjenåpning finner heller ikke sted «dersom 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.
- (32) Før jeg ser på spørsmålet om dommer Høgetveit Berg var inhabil, nevner jeg at også dommer og kjennelser som opphever en avgjørelse – slik tilfellet er her – kan gjenåpnes etter disse reglene inntil ny realitetsavgjørelse er truffet, jf. § 31-2 fjerde ledd. Lagmannsretten har ikke truffet ny realitetsavgjørelse etter at Høyesterett opphevet dommen.

Var dommer Høgetveit Berg inhabil?

Rettslig utgangspunkter

- (33) Etter domstolloven § 106 vil en dommer være inhabil i nærmere angitte tilfeller. Det er på det rene at denne bestemmelsen ikke får anvendelse i vår sak. Av domstolloven § 108 første punktum følger det imidlertid at ingen heller kan være dommer når «andre særegne omstendigheter foreligger, som er skikket til å svekke tilliten til hans uhildethet».

Spørsmålet er om dommer Høgetveit Bergs uttalelser i *Beslagsretten* medfører at han var inhabil etter denne bestemmelsen.

- (34) Om domstoloven § 108 heter det i plenumsavgjørelsen i HR-2020-2079 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.»

- (35) Deretter vises det til avgjørelsen i Rt-2013-1570 avsnitt 20, der kravene er 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-2011-1348 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.»

- (36) Som Skoghøy, *Twisteløsning*, 4. utgave side 167 fremholder, har reglene om habilitet for dommere tre formål:

«For det første skal reglene sikre at de som tjenestegjør som dommere, ikke er påvirket av uvedkommende hensyn. For det andre tar de sikte på å skape tillit til rettspleien: Det skal ikke være grunnlag for å stille spørsmål ved dommernes nøytralitet. For det tredje skal de spare dommerne for den påkjennning det ville være for dem å dømme dersom de har en eller annen form for tilknytning til partene eller interesse i saken eller folk ikke har tillit til at de er nøytrale. I norsk rettspraksis fra de siste 30 år er tillitsaspektet blitt sterkt understreket. Det sentrale tema for inhabilitetsvurderingen er hvordan forholdet fremstår utad – for partene, det rettssøkende publikum og for allmennheten generelt ('skikket til å svekke tilliten').»

- (37) Av det jeg har gjengitt fra rettspraksis, går det frem at det har skjedd en viss innskjerping av habilitetsvurderingene i nyere tid. Denne har blant annet skjedd på bakgrunn av praksis fra EMD. Foranlediget særlig av anførlene til Zurich Insurance vil jeg bemerke at det ikke er grunn til at norske domstoler skal legge seg på en strengere linje enn EMD. Innenfor de rammer og retningslinjer EMD har trukket opp, må habilitetsspørsmålet bero på en tolkning og anvendelse av domstoloven § 108. Habilitetsreglene bør heller ikke være strengere for høyesterettsdommere enn andre dommere.

- (38) Spørsmålet om en dommer blir inhabil som følge av uttalelser som vedkommende har kommet med i juridisk litteratur, har vært behandlet av Høyesterett flere ganger. Særlig sentralt står avgjørelsene i Rt-2003-1094 *Skoghøy* og Rt-2008-602 *Matningsdal*.

- (39) Den første avgjørelsen gjaldt dommer Skoghøys habilitet i tre straffesaker som reiste spørsmål om konkursskarantene var straff etter EMK. Spørsmålet hadde betydning for om rettssikkerhetsgarantiene i artikkel 6 nr. 1 kom til anvendelse, men også uskyldspresumsjonen i artikkel 6 nr. 2 og dobbeltforfølgingsforbudet i protokoll 7 artikkel 4 nr. 1. I en artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2003 om forbudet mot gjentatt strafforfølgning hadde Skoghøy uttalt at det etter hans oppfatning «ikke [kan] være tvilsomt at en avgjørelse om å ilegge konkursskarantene på grunnlag av denne bestemmelsen må anses som straff i forhold til EMK».
- (40) Høyesterett la til grunn som det klare utgangspunktet at «en dommer ikke blir inhabil ved tidligere å ha skrevet eller uttalt seg om det rettsspørsmålet som på et senere tidspunkt kommer opp i en sak». Dette gjaldt også der dommeren hadde inntatt et «klart og forbeholdsløst standpunkt», slik Skoghøy hadde gjort. Førstvoterende fremholdt at det «åpenbart [er] nyttig at dommere har full anledning til å gi uttrykk for sitt faglige syn i bøker, artikler og foredrag». Habilitetsreglene burde ikke stenge for dette, jf. avsnitt 8.
- (41) Etter å ha konstatert at det var fast praksis for dette rettslige utgangspunktet, het det videre, i avsnitt 9:
- «Spesielt for vår situasjon er imidlertid at dommer Skoghøys artikkel i Tidsskrift for Rettsvitenskap 2003 side 1 ble skrevet på et tidspunkt da spørsmålet om konkursskaranteners forhold til EMK protokoll 7 artikkel 4 nr. 1 om dobbeltstraff allerede sto for Høyesterett til avgjørelse. Videre gjelder artikkelen et forholdsvis smalt område, og de klare og forbeholdsløse standpunkter som inntas, er helt sentrale for løsningen av sakene som nå skal behandles.»
- (42) Dommer Skoghøy ble på denne bakgrunn ansett inhabil.
- (43) Den andre avgjørelsen gjaldt en anførsel om at dommer Matningsdal var inhabil i en sak som reiste spørsmål om det var adgang til å lese opp politiforklaringen til tiltaltes samboer. Matningsdal hadde i boken *Siktedes rett til å eksaminere vitner*, tatt stilling til et spørsmål som var «svært likt» dette.
- (44) Etter å ha referert utgangspunktene i Rt-2003-1094 avsnitt 8 uttalte førstvoterende:
- «Det er ... gjort gjeldande at dommar Matningsdal har teke stilling til om ein kan tillate opplesing når eit vitne ikkje har vorte informert om retten sin til å nekte å forklare seg etter straffeprosesslova § 122, i ein situasjon der vedkomande som sikta er gjort kjend med retten til å nekte å forklare seg. Det er rett at det spørsmålet dommar Matningsdal har uttala seg om er svært likt den ankegrunnen som blir gjort gjeldande. Eg kan likevel ikkje sjå at dommar Matningsdal har uttala seg anna enn på reint generelt grunnlag. Det er nettopp ein situasjon som er omfatta av det eg har gitt att frå avgjerda i 2003.»
- (45) Han føyde avslutningsvis til:
- «Eg legg elles til at dommar Matningsdals framstilling rett nok har ein viss brodd mot andre forfattarar, men at denne først og fremst er ei analyse av rettsspørsmålet, som ikkje bør føre til ugildskap.»
- (46) Dommer Matningsdal var altså ikke inhabil.

- (47) Det er ikke uten videre helt klart hva som skiller disse to sakene fra hverandre, men i kjennelsen om Skoghøy fremheves særlig den tidsmessige nærheten, artikkelens smale område og at standpunktene ville være sentrale for løsningen av sakene, mens det i kjennelsen om Matningsdal trekkes frem at han bare uttalte seg på generelt grunnlag.
- (48) Liv Gjølstad, *Utviklingen av habilitetsregler i domstolene* (i Lov, sannhet, rett – Høyesterett 200 år, 2015) side 432 fremholder at den avgjørende forskjellen mellom de to sakene nok er «at det i saken fra 2003 kunne være nærliggende å oppfatte uttalelsene som myntet på de konkrete sakene». Jeg slutter meg til dette.
- (49) Av det som skrives om brodd mot andre forfattere i avgjørelsen fra 2008 om Matningsdals habilitet, må det videre kunne utledes at graden av og typen engasjement forfatteren har utvist, kan spille inn i vurderingen, selv om det ikke ble funnet å være avgjørende i den saken. At engasjementet kan være av betydning for i hvilken grad en dommer vil kunne møte problemstillingene saken reiser med et tilstrekkelig åpent sinn, fremgår også av avgjørelsen i Rt-2000-38.
- (50) Saken om dommer Matningsdal viser for øvrig at avgjørelsen om Skoghøys habilitet representerer et særtilfelle, og at det skal en del til for å gjøre unntak fra hovedregelen om at en dommer ikke blir inhabil som følge av uttalelser i juridisk litteratur.
- (51) Denne ordningen har gode grunner for seg. Det er riktignok forståelig at en part ikke ønsker at saken skal bli pådømt av en dommer som har uttalt seg i strid med partens rettslige argumentasjon. Men så lenge uttalelsen er av generell art, ikke bærer preg av et slikt engasjement at det fremstår uforenlig med et åpent sinn og ikke oppfattes som myntet på den aktuelle saken, kan dette hensynet normalt ikke veie tungt nok til at dommeren anses inhabil.
- (52) Som Høyesterett fremholder i kjennelsen om Skoghøy, er det «åpenbart nyttig at dommere har full anledning til å gi uttrykk for sitt faglige syn i bøker, artikler og foredrag». En annen ordning vil lett kunne avskjære dommerne som er kyndigst på vedkommende rettsområde fra å dømme i saken, og kanskje også medføre at man går glipp av de mest faglig engasjerte juristene som dommere. Det ville rettslivet ikke være tjent med. At dommere bringer sine erfaringer videre i juridiske arbeider utenfor de avgjørelsene de skriver, er dessuten ønskelig.
- (53) Det må også forutsettes at en dommer normalt evner å revurdere de standpunkter som vedkommende har inntatt i juridisk litteratur, når spørsmålene belyses i en konkret sak. Selv om det er andre hensyn som gjør seg gjeldende i slike saker, nevner jeg at dommere ikke blir inhabile når det er spørsmål om å fravike rettssetninger de selv har utformet eller sluttet seg til i tidligere avgjørelser, jf. Rt-2015-250 avsnitt 20 og HR-2017-327.
- (54) En lavere terskel for inhabilitet ville for øvrig kunne bli krevende å praktisere, idet vanskelige grensdragninger lett ville kunne melde seg. Som Settem fremholder i *Dommarar som ytrar seg* på side 19, må «ein rekna med at dei fleste dommarar på forskjellig vis har uttala seg om ei mengd rettslege spørsmål undervegs i yrkeskarrieren sin og i studietida si... . Om det skal lite til for å bli inhabil på bakgrunn av den eine eller andre meiningsytringa, er det lett å sjå for seg mange vanskelege grenseoppgangar.»

- (55) Jeg oppsummerer med at det er en høy terskel for at en dommer skal bli inhabil som følge av uttalelser i juridisk litteratur. Generelle uttalelser vil ikke være nok. Inhabilitet vil normalt bare foreligge dersom det er nærliggende å oppfatte dommerens uttalelser som endelige og myntet på den konkrete saken som står til behandling. At uttalelsene i tid faller nær saken, vil kunne bidra til at de oppfattes slik. Et særlig sterkt engasjement som gjør at det fremstår som krevende for dommeren å endre standpunkt, vil også trekke i retning av inhabilitet.

Den konkrete vurderingen av dommer Høgetveit Bergs habilitet

- (56) Det er særlig to uttalelser i *Beslagsretten* som anføres å føre til at dommer Høgetveit Berg var inhabil. Begge gjaldt rettsspørsmål som sto sentralt i saken som begjæres gjenåpnet. Det første er om det gjelder en hovedregel om at ikke registrerbart løsøre må overleveres til kjøperen eller på annen måte fratras selgerens rådighet for at kjøperen skal oppnå rettsvern mot selgerens kreditorer. Det andre er om det i så fall kan gjøres unntak fra dette kravet i et tilfelle hvor løsøret samtidig med avhendelsen leies tilbake til selgeren. Høgetveit Berg gir uttrykk for det grunnleggende syn at unntak bare kan gjøres for typetilfeller. Unntak kan altså ikke gjøres fordi den konkrete avtalen har god notoritet.
- (57) *Beslagsretten* ble gitt ut 11. mars 2021. Av forordet fremgår det at manuset ble ferdig i januar samme år. Tingretten hadde da avsagt dom i saken, og det vises til denne i fotnoter i boken. Lagmannsrettens dom ble avsagt 5. februar 2021, og anke til Høyesterett ble tatt ut 4. mars 2021. Ankeutvalget henviste saken til behandling 11. mai 2021.
- (58) Boken kom således ut omtrent samtidig med at saken ble anket til Høyesterett. Slik saken er opplyst, er det imidlertid ikke tvilsomt at dette var en tilfeldighet. Boken ville ha kommet ut på dette tidspunktet uavhengig av saken. Fremstillingen gir videre en helt generell analyse av de aktuelle rettsspørsmål, og jeg anser det klart at uttalelsene ikke var myntet på saken som begjæres gjenåpnet. Det var heller ikke grunnlag for å oppfatte dem slik.
- (59) Jeg kan videre ikke se at drøftelsene av de aktuelle juridiske spørsmål i *Beslagsretten* bærer bud om noe engasjement utover det som er vanlig hos en juridisk forfatter. Uavhengig av hva man måtte mene om de aktuelle rettslige spørsmålene, er det vanskelig å si at rettskildene ikke analyseres og drøftes på en balansert og nøktern måte. Forfatteren gir riktignok uttrykk for at problemstillingen om det gjelder unntak fra hovedkravet om overlevering der løsøret samtidig leies av selgeren, «ikkje [er] særleg tvilsam». Men sett på bakgrunn av det helhetlige inntrykket av fremstillingen kan dette ikke være avgjørende. Forfatteren har tatt et standpunkt, men ikke med en slik grad av endelighet at det gir grunnlag for inhabilitet. En viss betydning har det her at dette standpunktet ble tatt «[f]øresett at hovudregelen for rettsvern er overlevering». Jeg nevner også at forfatterens synspunkter har utviklet seg over tid. Om spørsmålet om hva som er hovedregelen, ga han således i 1999 blant annet uttrykk for at den «einaste naturlege konklusjonen er – etter mitt syn – at det ikkje kan trekkjast nokon sikker konklusjon».
- (60) At de spørsmålene som sto til behandling for Høyesterett, langt på vei måtte løses uten støtte i autoritative rettskilder, tillegger jeg ikke særlig vekt. I slike situasjoner vil riktignok teorien få en mer fremskutt rolle, men jeg kan vanskelig se at dét skulle ha betydning – eller eventuelt i hvilken retning det skulle trekke. Det gjelder også når teorien – som her –

ble antatt å ha dannet grunnlag for festnet praksis. I dommen viser Høyesterett dessuten til en rekke juridiske fremstillinger som i hovedsak her er på linje med standpunktene i *Beslagsretten*. Den festnede oppfatningen som omtales i dommen, er først og fremst et resultat av fremstillingen i Brækhus/Hærem, Norsk tingsrett fra 1964.

- (61) Jeg tillegger det liten vekt at flere av formuleringene til førstvoterende – som altså dommer Høgetveit Berg sluttet seg til – har klare likhetstrekk med formuleringer i *Beslagsretten*. Spørsmålet om habilitet kan ikke bero på i hvilken grad den aktuelle forfatters synspunkter og formuleringer brukes i dommen. For øvrig er det i betydelig grad tale om formuleringer som går igjen hos flere forfattere.
- (62) Ut fra en samlet vurdering er jeg kommet til at dommer Høgetveit Berg ikke var inhabil til å delta i saken.

Er begjæringen om gjenåpning fremsatt for sent?

- (63) Når jeg har konkludert med at dommer Høgetveit Berg ikke var inhabil, er det egentlig ikke behov for å ta standpunkt til om adgangen til å fremme begjæringen er fremsatt for sent. Jeg finner likevel grunn til å knytte noen bemerkninger også til dette spørsmålet.
- (64) Som nevnt følger det av tvisteloven § 31-5 andre ledd at gjenåpning ikke kan «begjæres av en grunn som parten burde ha gjort gjeldende under sakens ordinære behandling, ved anke eller ved begjæring om oppfriskning».
- (65) Den begjærende part ble kjent med at dommer Høgetveit Berg skulle delta i forhandlingene allerede på formiddagen dagen før retten ble satt. På dette tidspunktet var aktørene utvilsomt kjent med de standpunkter han hadde inntatt i *Beslagsretten*. De hadde derfor kunnskap om alle relevante omstendigheter, og habilitetsinnsigelsen burde derfor ha vært fremsatt senest ved ankeforhandlingens oppstart.
- (66) Også av denne grunn vil begjæringen om gjenåpning ikke kunne tas til følge.
- (67) Når en sak behandles i Høyesterett, omfatter for øvrig formuleringen «sakens ordinære behandling» tiden helt frem til dom er avsagt. Også innsigelser som parten burde ha blitt kjent med før dette tidspunkt, vil kunne falle bort fordi de er for sent fremsatt.

Konklusjon og sakskostnader

- (68) Begjæringen om gjenåpning må etter dette forkastes.
- (69) Aurstad Maskinutleige AS har fremsatt krav om dekning av sakskostnader med 355 441 kroner, hvorav 16 641 kroner gjelder pådratte utgifter, mens resten er salær. Kravet tas til følge, jf. tvisteloven § 20-2.

(70) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

1. Begjæringene om gjenåpning forkastes.
2. I sakskostnader betaler advokatfirmaet DLA Piper Norway DA og Zurich Insurance Plc, Norway Branch én for begge og begge for én til Aurstad Maskinutleige AS 355 441 – trehundreogfemtifemtusenfirehundreogførtien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

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

(72) Dommer **Thyness:** Likeså.

(73) Dommer **Østensen Berglund:** Likeså.

(74) Dommer **Indreberg:** Likeså.

(75) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

1. Begjæringene om gjenåpning forkastes.
2. I sakskostnader betaler advokatfirmaet DLA Piper Norway DA og Zurich Insurance Plc, Norway Branch én for begge og begge for én til Aurstad Maskinutleige AS 355 441 – trehundreogfemtifemtusenfirehundreogførtien – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.