



HØYESTERETTS KJÆREMÅLSUTVALG

Den 7. mars 2012 ble det av Høyesteretts kjæremålsutvalg bestående av dommerne Gjølstad, Tønder og Matheson i

HR-2012-00501-U, (sak nr. 2012/217), sivil sak, kjæremål:

Multi Phase Meters AS (advokat David Brambani)

mot

Roxar Flow Measurement AS (advokat Kristin Farstad)

avsagt slik

K J E N N E L S E:

- (1) Saken gjelder fremleggelse av dokumentbevis, jf. tvistemålsloven § 250, jf. § 254.
- (2) Roxar Flow Measurement AS (Roxar) gikk i 2006 til søksmål mot Multi Phase Meters AS (MPM) med påstand om at sistnevnte skulle forbyse enhver utvikling, produksjon, salg og markedsføring av MPMs flerfasemåler, samt krav om erstatning. I 2007 ble søksmålet også rettet mot MPM Technology AS. I 2008 tok Roxar i tillegg ut stevning mot Arnstein Wee og Hans Olav Hide.
- (3) MPM tok i 2008 for sin del ut stevning mot Roxar med krav om erstatning. Samtlige saker er forent til felles behandling.
- (4) Under saksforberedelsen har Roxar blant annet begjært fremleggelse av tre dokumenter. Stavanger tingrett avsa kjennelse 20. oktober 2011 med slik slutning:
 - ”1. Multi Phase Meters AS plikter å fremlegge den såkalte BA-HR rapporten.
 2. Multi Phase Meters AS plikter å fremlegge brev til FMC fra sommeren/høsten 2008.
 3. Arnstein Wee og Hans Olav Hide plikter å fremlegge avtalen mellom FMC og MPMs tidligere aksjonærer.”
- (5) MPM, Wee og Hide påkjærte avgjørelsen til Gulating lagmannsrett, som den 10. januar 2012 avsa kjennelse med slik slutning:
 - ”1. Multi Phase Meters AS plikter å fremlegge den såkalte Arntzen de Besche rapporten, dog slik at opplysninger som omfattes av regler om bevisforbud eller bevisfritak, ikke skal fremlegges. Dersom partene ikke enes om hvilke opplysninger dette er, avgjøres

spørsmålet av Stavanger tingrett.

2. **Begjæring om fremleggelse av brev/e-post fra Multi Phase Meters AS til FMC fra 2008, tas ikke til følge.**
 3. **Tingrettens avgjørelse, slutningen punkt 3, vedrørende fremleggelse av aksjekjøpsavtale mellom FMC og Multi Phase Meters AS' tidligere aksjonærer, oppheves.**
 4. **Sakskostnader tilkjennes ikke."**
- (6) *Multi Phase Meters AS* har påkjært pålegget i kjennelsens punkt 1 om fremleggelse av den såkalte Arntzen de Besche rapporten (AdeB rapporten) til Høyesteretts kjæremålsutvalg. Kjæremålet er angitt å gjelde lovanvendelsen, saksbehandlingen og bevisvurderingen. Det er i korte trekk gjort gjeldende:
- (7) Lagmannsretten har anvendt loven feil når den ved sin vurdering av om MPM har det fremprovoserte dokumentet i sin besittelse, eller enkelt kan fremskaffe det – noe MPM bestrider – har lagt til grunn at avgjørelsen må bygge på hva retten finner "overveiende sannsynlig". Et slikt beviskrav er ikke tilstrekkelig for å pålegge plikt etter tvistemålsloven § 250 til å fremlegge dokument. Slik plikt kan bare bestemmes der anførselene om at parten ikke har dokumentet i sin besittelse eller lett kan få tak i dette, er i strid med vitterlige kjensgjerninger. MPM havner etter lagmannsrettens avgjørelse i en umulig situasjon, og domstolene bør være svært forsiktige med å pålegge borgerne plikter det er umulig å overholde.
- (8) Lagmannsrettens bevisvurdering bygger på en rekke feilslutninger. Retten synes blant annet å ha lagt betydelig vekt på momenter som tilsier at MPM har vært kjent med at Total/JIP har innhentet råd fra Arentzen de Besche. Slike momenter gir ikke grunnlag for å slå fast at MPM har rapporten i sin besittelse eller lett kan få tak i den.
- (9) Kjennelsen er ikke er begrunnet i samsvar med lovens krav og inneholder uavklarte spørsmål. Avgjørelsen lider derfor også av saksbehandlingsfeil gjennom mangelfulle kjennelsesgrunner. Dette gir grunnlag for opphevelse. Det er dessuten en saksbehandlingsfeil at MPMs anmodning om muntlig forhandling og vitneførsel ikke er vurdert og etterkommet.
- (10) Det er i kjæremålet krevet saksomkostninger for Høyesterett og lagmannsrett.
- (11) Den kjærende part har nedlagt slik påstand:
- "Prinsipalt:**
1. **Multi Phase Meters AS frifinnes for kravet om fremleggelse av den såkalte Arntzen de Besche rapporten.**
 2. **Multi Phase Meters AS tilkjennes saksomkostninger.**
- Subsidiært:**
1. **Lagmannsrettens kjennelse oppheves som følge av saksbehandlingsfeil.**
 2. **Multi Phase Meters AS tilkjennes saksomkostninger."**
- (12) *Roxar Flow Measurement AS* har inngitt tilsvaret. Det er i korte trekk gjort gjeldende:
- (13) Lagmannsrettens avgjørelse beror ikke på noen uriktig forståelse av beviskravet for at MPM har rapporten i sin besittelse, eller kan fremskaffe den. Lagmannsretten har, riktignok i en annen forbindelse, pekt på at det skal mye til før domstolen kan legge til grunn at en part gir

uriktige opplysninger om tilstedeværelsen av eller muligheten for å finne et dokument som provoseres fremlagt, særlig når parten er representert ved advokat. Dette viser at lagmannsretten ikke har misforstått terskelen for pålegg om dokumentfremleggelse. Lagmannsretten har kun vektlagt den kjærende parts kjennskap til innholdet i rapporten som et bevismoment i retning av at kjærende part har tilgang til dokumentet.

- (14) Det foreligger ikke saksbehandlingsfeil. Kravet til kjennelsesgrunner innebærer ikke at retten skal måtte gi en detaljert beskrivelse av fremgangsmåten parten kan benytte for å fremskaffe et dokument. Spørsmålet om muntlige forhandlinger er en avgjørelse som ikke kan angripes, jf. tvistemålsloven § 403 tredje ledd. Lagmannsretten skulle heller ikke ha noe behov for å høre granskernes muntlige forklaringer om hva som er blitt formidlet til dem fra den kjærende part. Ingen av partene begjærte muntlige forhandlinger. Det fremgår også av lagmannsrettens kjennelse at spørsmålet om muntlige forhandlinger er vurdert, men ikke ansett nødvendig.
- (15) En eventuell opphevelse av en del av lagmannsrettens avgjørelse kan ikke gi grunnlag for å tilkjenne omkostninger også for lagmannsretten. Lagmannsretten har gjentatte ganger lagt til grunn at kjærende part unødig har vidløftiggjort saken, og gått langt i å antyde at kjærende part har villedet tingretten.
- (16) Kjæremotparten har nedlagt slik påstand:

”Prinsipalt:

- 1. Kjæremålet avvises**

Subsidiært:

- 2. Kjæremålet forkastes**

I begge tilfeller:

- 3. Roxar Flow Measurment AS tilkjennes sakens omkostninger for Høyesterett”**

- (17) *Høyesteretts kjæremålsutvalg* bemerker at kjæremålet er et videre kjæremål over lagmannsrettens avgjørelse om bevisfremleggelse i tvist der hovedsaken behandles etter tvistemålslovens regler. Som de tidligere retter har lagt til grunn, skal rettsmidler mot saksforberedende og saksstyrende avgjørelser da følge tvistemålslovens regler, jf. blant annet HR-2008-230-U.
- (18) Utvalgets kompetanse ved videre kjæremål er begrenset til å prøve lagmannsrettens lovtolkning og saksbehandling, jf. tvistemålsloven § 404 første ledd. Kjæremålet retter seg i stor grad mot lagmannsrettens bevisbedømmelse. Denne kan utvalget ikke prøve. Utvalget kan imidlertid prøve om bevisvurderingen bygger på riktig lovanvendelse.
- (19) Etter tvistemålsloven § 250 er hovedregelen at et skriftlig bevis som er i en parts besittelse, kan kreves fremlagt. Dersom den som oppgis å ha beviset i sin besittelse, påstår at han ikke har det, at han ikke kan finne det eller ikke kan finne det uten uforholdsmessig besvær, avgjør retten spørsmålet ved kjennelse, jf. tvistemålsloven § 254.
- (20) Lovens ordlyd gir ingen anvisning på hvilket beviskrav som skal legges til grunn ved vurderingen. Etter det utvalget kan se er spørsmålet ikke berørt i noen forarbeider eller i juridisk litteratur.

- (21) Spørsmålet er indirekte berørt i to tidligere avgjørelser fra Høyesteretts kjæremålsutvalg der utvalget hadde full kompetanse, jf. Rt. 1993 side 1088 og Rt. 1997 side 972.
- (22) I Rt. 1993 side 1088 fant kjæremålsutvalget ”å måtte legge til grunn bankens opplysninger om at angjeldende dokumenter ikke lar seg oppspore av banken”. Utvalget kom da til at fremleggelseskravet ikke kunne tas til følge.
- (23) I Rt. 1997 side 972 hadde parten også gjort gjeldende at han ikke hadde dokumentet i sin besittelse. I avgjørelsen heter det at ”Utvalget har ingen holdepunkter for å anta at dette ikke er riktig.” Kjæremålet kunne kan da ikke føre frem.
- (24) Avgjørelsene viser at retten ikke kan legge partens pretensjon om besittelsen uprøvd til grunn. Hvor mye som skal kreves for at det parten påstår om sin tilgang til beviset ikke kan legges til grunn, sier imidlertid avgjørelsene ingenting om.
- (25) I kjennelsen uttaler lagmannsretten, etter å ha gjennomgått ulike bevismomenter, at den finner det ”overveiende sannsynlig” at MPM har hatt og/eller har rapporten i sin besittelse eller at den i alle fall lett kan skaffes fra rette vedkommende.
- (26) Etter utvalgets oppfatning bygger lagmannsrettens bevisvurdering på en riktig lovforståelse. Det alminnelige utgangspunkt i sivile saker er at retten må legge til grunn det faktum den finner mest sannsynlig (overvektsprinsippet), jf. Skoghøy, Tvistemålsloven, 2. utgave (2001) side 675. Overvektsprinsippet er riktignok ikke noe mer enn et utgangspunkt for bevisbedømmelsen, idet det av en fortolkning av loven kan følge at det må foreligge kvalifisert sannsynlighetsovervekt for en omstendighet for at retten skal kunne legge den til grunn, jf. Skoghøy l.c. side 681. Det er imidlertid ingen holdepunkter i tvistemålsloven § 254 for at kjennelse om fremleggelsesplikt skal kreve noe mer enn det alminnelige utgangspunktet om overveiende sannsynlighet for at vedkommende er i besittelse av beviset eller lett kan skaffe det.
- (27) Det er etter utvalgets oppfatning heller ikke grunnlag for å innfortolke eller forankre et avvik fra det alminnelige overvektsprinsippet i noe annet rettsgrunnlag, slik som for eksempel situasjonens særegne karakter eller konsekvensene av å sette parten i en ”umulig situasjon”, slik MPM har anført. Domstolene tar løpende stilling til parters ulike pretensjoner om faktum der den legger det resultat den finner overveiende sannsynlig til grunn, selv om standpunktet går parten imot. Pretensjoner om bevis bør i så måte ikke komme i noen særstilling. Utvalget vil i denne forbindelse føye til at i saker underlagt fri rådighet vil betydningen av at parten til tross for pålegg ikke fremlegger et bevis, være gjenstand for fri bevisbedømmelse, jf. tvistemålsloven § 258.
- (28) Lagmannsrettens konkrete bevisvurdering kan utvalget som nevnt ikke prøve.
- (29) Etter utvalgets oppfatning er lagmannsrettens kjennelse tilstrekkelig begrunnet. Utvalget konstaterer videre at lagmannsretten har vurdert, men kommet til at det ikke var behov for muntlige forhandlinger. Denne vurderingen kan utvalget ikke overprøve.
- (30) Kjæremålet har etter dette ikke ført frem og må derfor forkastes. MPM plikter etter tvistemålsloven § 172 første ledd å erstatte kjæremotpartens omkostninger. Unntaksbestemmelsen i § 172 annet ledd kommer ikke til anvendelse.
- (31) Roxar har krevd saksomkostninger tilkjent med 15 000 kroner. Kravet tas til følge.

(32) Kjennelsen er enstemmig.

SLUTNING:

1. Kjæremålet forkastes.
2. I saksomkostninger for Høyesterett betaler Multi Phase Meters AS 15 000 – femtentusen – kroner til Roxar Flow Measurement AS innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne kjennelse.

Bård Tønder
(sign.)

Liv Gjølstad
(sign.)

Wilhelm Matheson
(sign.)

Riktig utskrift: