

Hoge Raad, 29 maart 1985, Enka v Dupont

Twaron

**PROCESRECHT****Verzuim van vormen verzoek voorlopig getuigenverhoor****Horen van wederpartij is, bij gebreke van onverwijldde spoed, een essentieel vormvoorschrift ook al voorziet de wet daarin niet**

Uit de bestreden beschikking van de rechtbank blijkt niet dat Enka, die overeenkomstig het bepaalde in art. 877 derde lid onder 3 Rv in het verzoekschrift van Dupont was aangeduid als 'de wederpartij', op het verzoek is gehoord, althans daartoe vanwege de rechtbank behoorlijk is opgeroepen, en evenmin dat een en ander ondoenlijk was uit hoofde van onverwijldde spoed. Het moet er daarom voor worden gehouden dat de rechtbank bij het nemen van haar beschikking een vorm heeft verzuimd die, ofschoon de wettelijke regeling van het voorlopige getuigenverhoor in het horen of althans daartoe behoorlijk oproepen van 'de wederpartij' niet voorziet, van essentiële betekenis is. Die betekenis vloeit daaruit voort dat enerzijds het beginsel van 'hoor en wederhoor' behoort tot de fundamentele beginselen van het procesrecht en anderzijds het middel van het voorlopige getuigenverhoor zich leent voor misbruik, waartegen degene tegen wie dat middel wordt gebruikt zich moet kunnen verweren. Overeenkomstig het hiervoor onder 3.2 overwogene moet worden aangenomen dat bij verzuim van deze essentiële vorm de wederpartij van degene die het voorlopig getuigenverhoor heeft verzocht, de mogelijkheid behoort te hebben de beschikking waarbij dat verzoek werd toegestaan, in hoger beroep te bestrijden ten einde aldus hetgeen hij in zijn belang tegen de toewijzing van het verzoek meent te moeten aanvoeren, alsnog naar voren te kunnen brengen. Enka kan derhalve reeds op deze, door haar in haar eerste appelgrief en in haar eerste cassatiemiddel aan de orde gestelde grond in haar appel van de bestreden beschikking worden ontvangen.

BEDRIJFSGEHEIMEN**Bescherming bedrijfsgeheimen****Octrooiaanvraag verschaft slechts 'zwevend recht' en daarvoor hoeft belang van een mededinger bij het geheim blijven van de in zijn bedrijf toegepaste werkwijzen en know-how, niet zomaar te wijken**

Naar aanleiding van het tweede cassatiemiddel rijst de vraag of Dupont, die aan haar verzoek voor wat betreft

haar eigen rechtspositie ten grondslag heeft gelegd dat zij is 'eigenares en ingeschreven houdster van de Nederlandse octrooiaanvraag nr. 7205837, ingediend op 28 april 1972 en onder nr. 172570 openbaar gemaakt op 18 april 1983 voor: werkwijze voor de vervaardiging van draden van poly (parafenyleentereftalamide)', aan die rechtspositie de bevoegdheid kan ontleen om langs de weg van een voorlopig getuigenverhoor de vraag of de in haar overeenkomstig art. 25 Rijksoctrooiwet openbaar gemaakte octrooiaanvraag beschreven werkwijze door een van haar mededingers in diens bedrijf wordt toegepast, tot inzet van een gerechtelijk onderzoek te maken. Deze vraag moet in beginsel ontkennend worden beantwoord. Uit de geschiedenis van de desbetreffende bepalingen blijkt dat op grond van afweging van de belangen van de aanvrager tegen die van zijn concurrenten aan de houder van een overeenkomstig art. 25 Rijksoctrooiwet openbaar gemaakte octrooiaanvraag slechts een 'zwevend recht' is verleend, dat hem enkel gerechtigd maakt 'tot het nemen van conservatoire maatregelen', terwijl hij 'eerst tot het instellen van eene vordering bevoegd' is, wanneer 'het octrooi definitief is geworden' (...). Tegen deze achtergrond kan, nu een voorlopig getuigenverhoor over de vraag of de in de openbaar gemaakte octrooiaanvraag beschreven werkwijze in het bedrijf van een mededinger van de aanvrager wordt toegepast, meebrengt dat het belang dat voor die mededinger is verbonden aan het geheim blijven van de in zijn bedrijf toegepaste werkwijzen en know-how, moet wijken voor dat van de houder van de aanvraag, zodanig verhoor zonder meer niet worden aangemerkt als slechts een conservatoire maatregel in vorenbedoelde zin. Anders valt echter te oordelen indien blijkt dat gevaar bestaat dat de mogelijkheid van getuigenbewijs ter zake verloren gaat.

Hier is aldus niet aan de orde of Dupont bij het verzochte voorlopig getuigenverhoor voldoende belang heeft, maar of voor een dergelijk verhoor uit hoofde van Duponts naar regels van octrooirecht vooralsnog beperkte rechtspositie plaats is. Ook dit is een vraag die, blijkens het onder 3.2 overwogene, ondanks het bepaalde in art. 878 tweede lid Rv aan de appelrechter kan worden voorgelegd. Ook in zoverre staat in dit geval van voormelde beschikking derhalve appel open

Vindplaatsen: NJ 1986, 242, m.nt. Heemskerk en Wichers Hoeth

Hoge Raad, 29 maart 1985

(Ras, Royer, Martens, Hermans, Bloembergen)

(...)

1. Enka BV, te Arnhem;
2. Aramide Maatschappij v.o.f., te Emmen, verzoekster tot cassatie, adv. Mr. T. Schaper, tegen

E.I. Dupont de Nemours and Company, te Wilmington (Delaware), USA, verweerster in cassatie, adv. Mr. R. Laret.

(...)

1. Het geding in feitelijke instanties

Bij verzoekschrift van 26 jan. 1984 heeft verweerster in cassatie — verder te noemen Dupont — zich op de voet van art. 876 Rv gewend tot de rechtbank te Arnhem met het verzoek te bevelen, dat omtrent in het verzoekschrift omschreven feit een getuigenverhoor zal worden gehouden, met benoeming van een rechter-commissaris te wiens overstaan dat verhoor zal plaatsvinden.

Bij beschikking van 6 febr. 1984 heeft de rechtbank het verzoek toegewezen met benoeming van een rechter-commissaris, voor wie het voorlopig getuigenverhoor zal worden gehouden.

Nadat verzoeksters tot cassatie — verder te zamen aan te duiden als Enka — ten overstaan van de rechter-commissaris verweer hadden gevoerd, heeft de rechter-commissaris bij beschikking van 19 april 1984 geweigerd over te gaan tot het horen van getuigen in het voorlopig getuigenverhoor.

Tegen de beschikking van 6 febr. 1984 heeft Enka hoger beroep ingesteld bij het Hof te Arnhem.

De beschikking van de rechtbank is aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de vermelde beschikking heeft Enka gelijktijdig met het hoger beroep tevens beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekwest is aan deze beschikking gehecht en maakt daarvan deel uit.

Dupont verzocht het beroep te verwerpen.

De zaak is voor pp. bepleit door hun advocaten.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal Moltmaker](#) strekt tot niet-ontvankelijkverklaring van Enka in haar cassatieberoep.

3. Beoordeling van het beroep

3.1 Enka moet in haar cassatieberoep tegen de beschikking van de rechtbank te Arnhem, waarbij ten verzoeken van Dupont een voorlopig getuigenverhoor werd toegestaan, in elk geval niet-ontvankelijk worden verklaard. De vraag is echter — en het beroep strekt ertoe die vraag om redenen van proces-economie door de Hoge Raad te doen beslissen — of die niet-ontvankelijkheid voortvloeit uit het bepaalde in het tweede lid van art. 878 Rv, dan wel daaruit dat tegen voormelde beschikking — waartegen Enka ook hoger beroep heeft ingesteld — in dit geval appel openstaat.

3.2 Uitgangspunt bij de beantwoording van deze vraag moet zijn dat indien de wet, zoals te dezen art. 878 Rv, hogere voorziening van een beschikking gegeven krachtens een bepaald wetsartikel, niet toelaat ten einde — zoals hier iedere discussie uit te sluiten over de wijze waarop de rechter van zijn aan dat artikel ontleende bevoegdheden heeft gebruik gemaakt, dit nog niet medebrengt dat hogere voorziening evenmin is toegelaten voor zover erover wordt geklaagd dat het artikel ten onrechte dan wel met verzuim van essentiële vormen is toegepast, of ten onrechte buiten toepassing is gelaten.

3.3 Uit de bestreden beschikking van de rechtbank blijkt niet dat Enka, die overeenkomstig het bepaalde in art. 877 derde lid onder 3 Rv in het verzoekschrift van Dupont was aangeduid als ‘de wederpartij’, op het verzoek is gehoord, althans daartoe vanwege de rechtbank behoorlijk is opgeroepen, en evenmin dat een en ander ondoenlijk was uit hoofde van onverwijlde spoed. Het

moet er daarom voor worden gehouden dat de rechtbank bij het nemen van haar beschikking een vorm heeft verzuimd die, ofschoon de wettelijke regeling van het voorlopige getuigenverhoor in het horen of althans daartoe behoorlijk oproepen van ‘de wederpartij’ niet voorziet, van essentiële betekenis is. Die betekenis vloeit daaruit voort dat enerzijds het beginsel van ‘horen en wederhoor’ behoort tot de fundamentele beginselen van het procesrecht en anderzijds het middel van het voorlopige getuigenverhoor zich leent voor misbruik, waartegen degene tegen wie dat middel wordt gebruikt zich moet kunnen verweren.

Overeenkomstig het hiervoor onder 3.2 overwogene moet worden aangenomen dat bij verzuim van deze essentiële vorm de wederpartij van degene die het voorlopig getuigenverhoor heeft verzocht, de mogelijkheid behoort te hebben de beschikking waarbij dat verzoek werd toegestaan, in hoger beroep te bestrijden ten einde aldus hetgeen hij in zijn belang tegen de toewijzing van het verzoek meent te moeten aanvoeren, alsnog naar voren te kunnen brengen. Enka kan derhalve reeds op deze, door haar in haar eerste appelgrief en in haar eerste cassatiemiddel aan de orde gestelde grond in haar appel van de bestreden beschikking worden ontvangen.

3.4 Naar aanleiding van het tweede cassatiemiddel rijst de vraag of Dupont, die aan haar verzoek voor wat betreft haar eigen rechtspositie ten grondslag heeft gelegd dat zij is ‘eigenares en ingeschreven houdster van de Nederlandse octrooiaanvraag nr. 7205837, ingediend op 28 april 1972 en onder nr. 172570 openbaar gemaakt op 18 april 1983 voor: werkwijze voor de vervaardiging van draden van poly (parafenyleentereftalamide)’, aan die rechtspositie de bevoegdheid kan ontlenen om langs de weg van een voorlopig getuigenverhoor de vraag of de in haar overeenkomstig art. 25 Rijksoctrooiwet openbaar gemaakte octrooiaanvraag beschreven werkwijze door een van haar mededingers in diens bedrijf wordt toegepast, tot inzet van een gerechtelijk onderzoek te maken. Deze vraag moet in beginsel ontkennend worden beantwoord. Uit de geschiedenis van de desbetreffende bepalingen blijkt dat op grond van afweging van de belangen van de aanvrager tegen die van zijn concurrenten aan de houder van een overeenkomstig art. 25 Rijksoctrooiwet openbaar gemaakte octrooiaanvraag slechts een ‘zwevend recht’ is verleend, dat hem enkel gerechtigd maakt ‘tot het nemen van conservatoire maatregelen’, terwijl hij ‘eerst tot het instellen van eene vordering bevoegd’ is, wanneer ‘het octrooi definitief is geworden’ (Bijl. Hand. ? 1904–1905, 197 nr. 3 p. 24 l.k.; vgl. ook Bijl. Hand. ? 1960–1961, 6429 nr. 3 p. 10 en Bijl. Hand. ? 1974–1975, 13209 (R 967) nr. 3, p. 60/61). Tegen deze achtergrond kan, nu een voorlopig getuigenverhoor over de vraag of de in de openbaar gemaakte octrooiaanvraag beschreven werkwijze in het bedrijf van een mededinger van de aanvrager wordt toegepast, meebrengt dat het belang dat voor die mededinger is verbonden aan het geheim blijven van de in zijn bedrijf toegepaste werkwijzen en know-how, moet wijken voor dat van de houder van de aanvraag, zodanig verhoor zonder meer

niet worden aangemerkt als slechts een conservatoire maatregel in vorenbedoelde zin. Anders valt echter te oordelen indien blijkt dat gevaar bestaat dat de mogelijkheid van getuigenbewijs ter zake verloren gaat. Hier is aldus niet aan de orde of Dupont bij het verzochte voorlopig getuigenverhoor voldoende belang heeft, maar of voor een dergelijk verhoor uit hoofde van Duponts naar regels van octrooirecht vooralsnog beperkte rechtspositie plaats is. Ook dit is een vraag die, blijkens het onder 3.2 overwogene, ondanks het bepaalde in art. 878 tweede lid Rv aan de appelrechter kan worden voorgelegd. Ook in zoverre staat in dit geval van voormelde beschikking derhalve appel open.

4. Beslissing

De Hoge Raad verklaart Enka niet-ontvankelijk in haar cassatieberoep.

Conclusie Advocaat-Generaal Moltmaker

(...).

1. De procedure tot dusver

1.1. Verweerster in cassatie (hierna: Dupont) heeft bij verzoekschrift, gericht tegen verzoeksters in cassatie (hierna aangeduid als: Enka c.s.), de rechtbank gevraagd te bevelen, dat een voorlopig getuigenverhoor zal worden gehouden omtrent de vraag of de door Enka c.s. — of in hun opdracht — vervaardigde, in het verkeer gebrachte en verder verkochte draden van poly (parafenyleentereftalamide) zijn vervaardigd onder toepassing van de werkwijze, beschreven in de openbaarmaking nr. 172570 van de Nederlandse octrooiaanvraag nr. 7205837 van Dupont. Zij wenst te dien einde een drietal met name genoemde getuigen te doen horen. Alle drie zijn werknemers in dienst van Enka.

1.2. Bij beschikking van 6 febr. 1984 heeft de rechtbank het verzoek toegewezen.

1.3. Enka c.s. hebben op 6 april 1984 tegen deze beschikking hoger beroep ingesteld. Omdat het naar hun mening blijkens art. 878 lid 2 Rv onduidelijk is welk rechtsmiddel tegen de beschikking kan worden aangewend, hebben zij op dezelfde datum tevens beroep in cassatie ingesteld.

1.4. Volgens de pleitnota in cassatie van Enka c.s. heeft de rechter-commissaris op 19 april 1984 een beschikking gegeven waarbij het door Dupont verzochte getuigenverhoor is geweigerd op grond van misbruik van recht. Dupont heeft daartegen hoger beroep ingesteld.

1.5. Vorenbedoelde pleitnota vermeldt nog, dat op 29 aug. 1984 de octrooiaanvraag nr. 7205837 van Dupont door de Aanvraagafdeling van de Octrooiraad is geweigerd. Tegen deze weigering kan ingevolge art. 27 Rijksoctrooiwet de aanvrager binnen drie maanden in beroep komen bij een afdeling van beroep van de Octrooiraad.

2. Het beroep in cassatie

2.1. In onderdeel ? van het door Enka c.s. voorgedragen cassatiemiddel wordt gesteld, dat de rechtbank het verzoek had moeten afwijzen op de grond dat Dupont geen 'belanghebbende' is in de zin van art. 876 Rv.

2.2. Onderdeel ? van het middel verwijt de rechtbank, de beschikking te hebben genomen zonder Enka c.s. op het inleidend verzoekschrift te hebben gehoord of daartoe in de gelegenheid te hebben gesteld. Enka c.s. menen dat de rechtbank daarmee het fundamentele beginsel van 'hoor en wederhoor' van het Nederlands burgerlijk procesrecht heeft miskend en/of art. 6 lid 1 eerste volzin Europees Verdrag mensenrechten (Verdrag van Rome).

3. Wetsgeschiedenis

3.1. Vóór de wijziging van de art. 876 e.v. Rv bij de Wet van 18 juli 1951, Stb. 1951, 302 kende de wet slechts een beperkte mogelijkheid van voorlopig getuigenverhoor, te weten slechts indien er gevaar bestond dat het bewijsmiddel (bewijs door getuigen) verloren zou gaan. Over de vraag of tegen een beschikking hoger beroep en/of cassatie mogelijk was, zweeg de wet. Bij arrest van 8 okt. 1925, NJ 1925, p. 1221 besliste de HR evenwel:

dat toch de aard eener beschikking, waarbij onverwijld een getuigenverhoor wordt bevolen op grond van het bestaan van omstandigheden, welke de vrees wettigen dat anders dat bewijsmiddel verloren zou gaan, niet verdraagt dat hare tenuitvoerlegging door het instellen van hoger beroep wordt geschorst..

De vorengeciteerde overweging sluit duidelijk aan bij de beperkte strekking van het voorlopig getuigenverhoor als vorenbedoeld.

3.2. De wetwijziging van 1951 beoogde echter de mogelijkheden tot voorlopig getuigenverhoor te verruimen. In de MvT (Tweede Kamer, Zitting 1949–1950 — 1585, nr. 3, p. 3) werd gezegd:

Ten einde op een onjuiste grondslag gebaseerde procedures en onnodige debatten ... te vermijden, is het wenselijk pp. in staat te stellen voor de aanvang van het geding door voorlopige getuigenverhoren de feitelijke grondslag van het geschil te doen vaststellen: dat biedt, behalve de vermindering van onnodige vertraging, het voordeel dat opheldering omtrent de feiten allicht pp. tot een juistere waardering van hun proceskansen en daardoor gemakkelijker tot schikking zal leiden.

3.3. In het wetsontwerp werd over de mogelijkheden van hogere voorziening opnieuw gezwegen. In verband daarmee merkte de vaste Commissie in het VV (stuk nr. 4) op:

Bij arrest van 8 okt. 1925 (NJ 1925, p. 1221) heeft de HR beslist, dat van een beschikking, waarbij een voorlopig getuigenverhoor wordt bevolen, geen hoger beroep openstaat. Van Rossem-Cleveringa, 3de druk, deel ?, p. 618, is echter van oordeel, dat tegen de beschikking van de rechtbank hoger beroep openstaat, nu dit niet wordt onthouden, en in deze zin is er ook lagere rechtspraak. Zou het niet wenselijk zijn deze vraag door de wetgever te doen beslissen?

3.4. In de MvA (Zitting 1950–1951 — 1585, nr. 5, p. 4) wordt daarop als volgt gereageerd:

met de commissie is de ondergetekende van oordeel, dat het wellicht aanbeveling verdient uitdrukkelijk te bepalen, dat tegen een beschikking op een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor geen hogere voorziening mogelijk is.

3.5. Vervolgens werd bij Nota van Wijzigingen (stuk nr. 6) aan art. 878 een lid toegevoegd, luidende:

De beschikking, waarbij een voorlopig getuigenverhoor wordt toegestaan is niet vatbaar voor hogere voorziening.

3.6. In het Verslag (stuk nr. 8) wijst de commissie erop, dat deze redactie beperkter is dan de formulering in de MvA en acht opneming in de wet van de laatstbedoelde (ruimere) formulering gewenst.

3.7. De Nota naar aanleiding van het Verslag (stuk nr. 9) zegt dan:

Deze vraag van interpretatie doet zich ten deze niet voor: onder de geldende wet niet, omdat de wet over hoger beroep zwijgt, en in het ontwerp niet, omdat uitdrukkelijk bepaald wordt, wanneer geen hoger beroep mogelijk is. In overeenstemming met de heersende jurisprudentie op dit stuk (vgl. HR 8 okt. 1925, NJ 1925, p. 1221) is in het ontwerp bepaald, dat tegen het bestaan van een voorlopig getuigenverhoor geen appel bestaat. Bij een dergelijk appel heeft niemand belang: de verzoeker niet, omdat hij zijn verzoek ingewilligd zag, en de tegenpartij of toekomstige tegenpartij niet, omdat een voorlopig getuigenverhoor geen nadeel aan de zaak kan toebrengen ...

... De door de commissie voorgestane redactie zou echter wel onzekerheid meebrengen, nl. ten aanzien van de vraag, of het appel tegen een beslissing, waarbij een voorlopig getuigenverhoor wordt toegestaan, schorsende kracht heeft. Zou dit laatste het geval zijn (er is geen enkele beslissing, die het tegendeel aanneemt), dan zou de betekenis voor een belangrijk deel aan het instituut ontvallen, omdat men dan door appel het snel doen horen van getuigen zou kunnen frustreren.

3.8. De hiervóór in punt 3.5 geciteerde tekst van art. 878 lid 2 is letterlijk overgenomen in art. 210 lid 2 wetsontwerp nr. 10377.

4. Beschikking in de zin van art. 878 lid 2 Rv

4.1. De bepaling van art. 878 lid 2 Rv geeft de tegenpartij in hoger beroep en cassatie bijzonder weinig speelruimte. Toch heeft Uw Raad in het arrest van 27 juni 1974, NJ 1975, 239, m.nt. WLH, die speelruimte gevonden door een beperkte uitlegging van het begrip 'beschikking' in voormelde wetsbepaling. In het geval van dat arrest voldeed de beschikking niet aan het vereiste van art. 877 lid 3 aanhef en sub 4^o dat het is gebaseerd op een verzoekschrift dat — indien het tijdens een aanhangig geding is ingediend — een opgave moet inhouden van de redenen die een voorlopig getuigenverhoor noodzakelijk maken.

4.2. In het onderhavige geval is het verzoekschrift niet tijdens een aanhangig geding ingediend en stelt de wet geen bijzondere eisen aan het verzoekschrift. Ik meen echter voormeld arrest aldus te mogen lezen, dat van een beschikking in de zin van art. 878 lid 2 Rv niet kan worden gesproken, als deze niet voldoet aan de elementaire wettelijke vereisten. Nu is één van die elementaire eisen, althans naar geldend recht, dat een partij zelf niet als getuige kan worden gehoord (vgl. art. 1946 en 1947 BW). Er lijkt mij alle reden om te onderzoeken, voor zover de processtukken daartoe de mogelijkheid bieden, of de onderhavige beschikking niet is gegeven in

strijd met bedoeld vereiste en mitsdien voor hoger beroep vatbaar is, aangezien uit die stukken blijkt dat de in het verzoekschrift genoemde getuigen alle in dienstbetrekking werkzaam zijn bij Enka c.s. Afhankelijk van de uitkomst van dat onderzoek kan nader worden bezien of — nu in het beroepschrift in cassatie dienaangaande niets is gesteld — er plaats is om bij wijze van aanvulling van rechtsgronden de beschikking van de rechtbank voor hogere voorziening vatbaar te verklaren. Bij een bevestigende beantwoording daarvan zou overigens het beroep in cassatie niet-ontvankelijk zijn, omdat er dan hoger beroep mogelijk is.

5. Partij

5.1. Dat in de eventueel door Dupont aan te vangen procedure Enka c.s. de tegenpartij zal zijn staat nog niet vast. Het is mogelijk, dat Dupont gaat procederen tegen de afnemers van Enka c.s. Niettemin zou ik voor de beantwoording van de in het vorige punt aan de orde gestelde vraag ervan willen uitgaan dat Enka c.s. de (toekomstige) tegenpartij zal zijn. Het inleidend verzoekschrift zegt uitdrukkelijk dat het gericht is tegen Enka c.s. en veronderstelt in punt 7 de mogelijkheid van een procedure tegen Enka c.s.

5.2. Enka zelf is een BV en volgens het inleidend verzoekschrift zijn de beherende vennoten van Aramide Maatschappij v.o.f. eveneens BV's. Dit roept de vraag op in welke gevallen de verklaringen van natuurlijke personen geacht moeten worden te zijn afgelegd namens de rechtspersoon/partij. In de eerste plaats verwijs ik voor deze vraag naar Pitlo/Hidma, Bewijs en verjaring, 6e druk (1981), p. 91/92 en de aldaar vermelde literatuur en jurisprudentie, in het bijzonder HR 26 okt. 1979, NJ 1980, 486, m.nt. WHH, waaruit blijkt, dat de natuurlijke persoon zozeer met de rechtspersoon moet kunnen worden vereenzelvigd, dat hij zou moeten gelden als partij.

5.3. In zijn conclusie voor HR 18 nov. 1983, NJ 1984, 256, m.nt. G en WHH verdedigt Mr. Ten Kate een beperkte uitlegging van vorenbedoelde 'vereenzelving' (zie de punten 63 e.v. van zijn conclusie, in de NJ op p. 944/5), te weten dat deze zover moet gaan, dat de als getuige voorgebrachte persoon als in feite de rechtspersoon zelf, die partij is, is te beschouwen, waarvan blijkens rechtspraak van Uw Raad eerst sprake is als deze persoon bestuurder van de rechtspersoon is en aan de wet of de statuten van de rechtspersoon de bevoegdheid ontleent haar in rechte te vertegenwoordigen.

Uw Raad overweegt vervolgens in voormeld arrest (zie in de NJ punt 3.4 op p. 935):

Vaststaat dat Van Heersch ... op het tijdstip waarop hij als getuige zou worden gehoord, niet bestuurder was van één der pp., terwijl hij evenmin op andere gronden aan de wet of aan de statuten van één dier pp. de bevoegdheid ontleent haar in rechte te vertegenwoordigen. Ter beoordeling van zijn bekwaamheid om in dit geding te getuigen is dan geen plaats voor een onderzoek naar de vraag of hij op grond van andere omstandigheden met één der pp. moet worden vereenzelvigd.

5.4. Gelet op het vorenstaande is er m.i. geen aanleiding om anticipatie op wetsontwerp nr. 10377 te

bepleiten. Volledigheidshalve vermeld ik daarover nog het volgende:

In het oorspronkelijk ontwerp bepaalde art. 208 lid 3 in het voetspoor van HR 1 febr. 1963, NJ 1964, 157, m.nt. JHB, dat het voorlopig getuigenverhoor niet mag worden aangewend tot het verkrijgen van inlichtingen van personen tegen wie de verzoeker een rechtsvordering wil instellen. Bij Nota van Wijziging (Tweede Kamer, Zitting 1981 — 10377, nr. 9) werd deze bepaling ingetrokken in verband met de introductie van art. 187a, krachtens hetwelk ook pp. als getuigen kunnen optreden. Wel gelden dan enkele bij diezelfde Nota van Wijziging voorgestelde bijzondere bepalingen met betrekking tot de positie van de partij als getuige (art. 214 jo. — o.a. — 195 en 207a, waarvan het tweede lid bepaalt, dat als een partij niet op de gestelde vragen antwoordt of haar verklaring weigert te ondertekenen, de rechter daaraan de conclusie kan verbinden die hij geraden zal achten).

5.5. Aangezien met betrekking tot de mate van vereenzelviging als bedoeld in punt 5.3 hiervóór in de onderhavige procedure onvoldoende is gesteld, kan naar mijn mening de beschikking van de rechtbank niet — eventueel onder aanvulling van rechtsgronden — worden vernietigd op de grond dat het geen beschikking zou zijn als bedoeld is in art. 878 lid 2 Rv. Zoals blijkt uit voormeld arrest HR 1 febr. 1963, NJ 1964, 157, m.nt. JHB kan deze kwestie echter ook nog door de getuigen zelf bij de rechter-commissaris naar voren worden gebracht 'ingeval daarvan eerst na de toewijzing van het verzoek mocht blijken'.

6. Verschoningsrecht/overmacht

Afhankelijk van de aard van de hun te stellen vragen kunnen de voorgedragen getuigen in conflict komen met de geheimhoudingsplicht die hun arbeidsovereenkomst en via die overeenkomst art. 273 Sr hun oplegt. De vraag of dit de getuigen een verschoningsrecht dan wel een beroep op overmacht oplevert kan eventueel aan de orde komen in een procedure naar aanleiding van een beschikking te dier zake van de rechter-commissaris. Ik volsta daarom in dit verband te verwijzen naar de conclusie van Mevr. Mr. Biegman-Hartogh voor HR 13 april 1984, nr. 6521, RvdW 86 en de daarin vermelde jurisprudentie en literatuur waaronder de conclusie van Mr. Franx voor HR 18 mei 1979, NJ 1980, 213, m.nt. WHH, die in verband met het begrip overmacht nog verwijst naar HR 14 dec. 1948, NJ 1949, 95, m.nt. BVAR naar aanleiding van het tweede middel met het daarop betrekking hebbende gedeelte van de conclusie van Mr. Langemeijer.

7. Beoordeling van het cassatiemiddel

7.1. Ad onderdeel ?

Dit onderdeel strandt reeds op de door mij hiervóór verdedigde niet-ontvankelijkheid van het beroep in cassatie. Maar ook als dat beroep wel ontvankelijk was, zou dit onderdeel van het middel m.i. niet kunnen slagen.

Als er een redelijke kans bestaat op een procedure over de aangelegenheid waarop het verzoek betrekking heeft, is Dupont belanghebbende en het oordeel daarover is naar het mij voorkomt van feitelijke aard en

behoeft m.i. gelet op de aard van een beschikking als de onderhavige geen nadere motivering.

7.2. Onderdeel

Van een schending van art. 6 lid 1 eerste zin Verdrag van Rome, als in dit onderdeel van het middel gesteld, is m.i. geen sprake. Voor wat betreft de — ontkennend te beantwoorden — vraag of in deze bepaling het recht op een hogere voorziening is vervat, verwijs ik naar de conclusies van Mr. ten Kate voor HR 24 dec. 1982, NJ 1984, 86, m.nt. WHH en 16 maart 1984, NJ 1984, 567. Met betrekking tot de kwestie van 'hoor en wederhoor' lijkt het mij voor twijfel vatbaar of bij de beschikking inzake het voorlopig getuigenverhoor al kan worden gesproken van de '... behandeling van zijn (dat wil zeggen die van Enka c.s.) zaak' als bedoeld in art. 6 Verdrag. Er is (nog) geen procedure tegen Enka c.s. aanhangig en mocht een procedure — eventueel mede in verband met de bij het voorlopig getuigenverhoor afgelegde verklaringen — aanhangig worden gemaakt, dan hebben Enka c.s. nog volop gelegenheid zich te doen horen. Bovendien zijn Enka c.s. ook in deze zaak niet geheel rechteloos. Tegen beschikkingen van de rechter-commissaris zouden zij wellicht als 'belanghebbenden' in de zin van art. 345 (zie bijv. HR 20 maart 1968, NJ 1968, 247; 1 mei 1981, NJ 1981, 604, m.nt. BW en de conclusie van Mr. Franx voor HR 10 dec. 1982, NJ 1983, 251, m.nt. WHH) hoger beroep kunnen instellen, hetzij in verband met een mogelijke 'vereenzelviging' (zie punt 5.3) hetzij om andere redenen.

8. Conclusie

Ik concludeer tot niet-ontvankelijkverklaring van Enka c.s. van hun beroep in cassatie.