

Hof Den Haag, 28 september 2006, EV3 v Regents



## OCTROOIRECHT - PROCESRECHT

### Voorlopig getuigenverhoor bij wege van rogatoire commissie

- [Voor vernemen van nog niet bekende feiten ter nadere onderbouwing stellingen in bodemprocedure kan bewijsopdracht in bodemprocedure worden afgewacht](#)

Het hof overweegt dat de grondslag van de vordering van ev3 in de bodemprocedure klaarblijkelijk is dat de octrooien van The Regents niet geldig zijn, en dus niet hadden behoren te worden verleend, wegens gebrek aan nieuwheid dan wel inventiviteit. Ev3 heeft niet toegelicht in welk opzicht de uitkomst van het voorlopig getuigenverhoor tot een wijziging van die grondslag zou kunnen leiden. (...). Naar het hof begrijpt, beoogt ev3 door middel van het voorlopig getuigenverhoor haar nog niet bekende feiten te vernemen (...). Voor zover ev3 met die nieuwe feiten reeds door haar voldoende onderbouwde stellingen in de bodemprocedure nader wenst te onderbouwen dan wel te bewijzen, valt niet in te zien waarom niet een bewijsopdracht in de bodemprocedure kan worden afgewacht. Indien zij haar stellingen voldoende heeft onderbouwd, zal zij zo nodig tot bewijs worden toegelaten. (...).

- [Voor zover stellingen op speculaties berusten en zij die alsnog wil kunnen onderbouwen is sprake van een 'fishing expedition' waarvoor voorlopig getuigenverhoor niet bedoeld is](#)

Voor zover ev3 zelf meent dat zij desondanks haar stellingen in de bodemprocedure onvoldoende heeft onderbouwd en om die reden niet tot bewijs zal worden toegelaten, moet worden aangenomen dat haar stellingen thans op speculaties berusten en dat zij met het voorlopig getuigenverhoor hoopt alsnog feiten te vernemen die haar stellingen kunnen ondersteunen. In dat geval is sprake van een 'fishing expedition'; daarvoor is het voorlopig getuigenverhoor echter niet bedoeld.

- [Nu bodemprocedure reeds in vergevorderd stadium verkeert, komt voorlopig getuigenverhoor in strijd met goede procesorde](#)

Het voorgaande leidt het hof tot het oordeel dat het houden van een voorlopig getuigenverhoor in dit geval, waarin de bodemprocedure reeds in een vergevorderd stadium is, in strijd komt met de goede procesorde en voorts dat ev3 geen rechtens te respecteren belang daarbij heeft. (...).

**Tussenarrest:** Binnen afzienbare tijd kan in de bodemzaak een (tussen)arrest met, indien opportuun, een bewijsopdracht, worden gewezen. Het komt het hof voorshands voor dat het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor te bevelen in dit stadium van de bodemprocedure in strijd is met de goede procesorde. Het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor te bevelen ten einde, bij wege van een rogatoire commissie, getuigen in Italië te doen horen, zal, naar aangenomen moet worden, een aanzienlijke hoeveelheid tijd in beslag nemen. Voor zover de getuigen zouden worden gehoord alvorens het (tussen)arrest wordt gewezen -dit is kennelijk de bedoeling van ev3 -zal dit in ieder geval een aanzienlijke vertraging van de bodemprocedure meebrengen. In dit verband rijst tevens de vraag in hoeverre ev3 belang heeft bij haar verzoek. Ten einde een verrassingsbeslissing te vermijden, zal het hof partijen in de gelegenheid stellen zich schriftelijk over een en ander uit te laten.

### Exhibitieplicht – artikel 843(a)(1) Rv

- [Vordering moet in een dagvaardingprocedure worden ingesteld tegen degene die stukken onder zich heeft](#)

Artikel 843a lid 1 Rv. bepaalt dat hij die daarbij rechtmatig belang heeft, op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Uit deze bepaling volgt dat de vordering moet worden ingesteld tegen degene(n) die de desbetreffende bescheiden onder zich heeft. Indien tussen deze(n) en de belanghebbende reeds een procedure aanhangig is, kan inzage worden gevorderd door het instellen van een incidentele vordering; indien (nog) geen procedure aanhangig is, dient in een dagvaardingsprocedure een vordering te worden ingesteld tegen degene(n) die de stukken onder zich heeft. De onderhavige procedure is evenwel een verzoekschriftprocedure; ev3 heeft het verzoek bovendien niet gericht tegen degenen die de stukken onder zich zouden hebben, maar tegen The Regents, haar wederpartij in de Engelse procedure.

### Artikel 22 Rv

- [Bevel ex artikel 22 Rv hoort in de hoofdzaak thuis](#)

Deze bepaling ziet op de mogelijkheid dat de rechter 'in elke stand van de procedure' een partij kan bevelen bepaalde stukken over te leggen. Een partij kan in een lopende procedure de rechter verzoeken aan haar wederpartij een dergelijk bevel te doen. Een dergelijk

verzoek hoort dus in de hoofdzaak thuis. De onderhavige verzoekschriftprocedure leent zich niet voor een dergelijk verzoek (...).

Vindplaatsen: IER 2007, nrs. 6-7, p. 21 en p. 24

### Hof Den Haag, 28 september 2006

(J.C. Fasseur-Van Santen, W.A.J. van Lierop en C.J. Verduyn)

(...)

heeft de volgende beschikking gegeven op het verzoek van:

1. ev3 B.V., gevestigd te Amsterdam,
2. de vennootschap naar vreemd recht ev3 EUROPE SAS, gevestigd te Villepinte, Frankrijk,
3. de vennootschap naar vreemd recht ev3 SAS, gevestigd te Villepinte, Frankrijk,
4. de vennootschap naar vreemd recht ev3 LIMITED, gevestigd te Londen, Verenigd Koninkrijk,
5. de vennootschap naar vreemd recht ev3 GMBH, gevestigd te Bonn, Duitsland,
6. de vennootschap naar vreemd recht ev3 NORDIC AB, gevestigd te Stockholm, Zweden,
7. de vennootschap naar vreemd recht ev3 S.R.L., gevestigd te Gallarate, Italië,
8. de vennootschap naar vreemd recht ev3 TECHNOLOGIES INBÉRICA S.L., gevestigd te Madrid, Spanje,
9. de vennootschap naar vreemd recht ev3-TECNOLOGIAS MÉDICAS, LDA, gevestigd te Lisbon, Portugal,
10. de vennootschap naar vreemd recht ev3 K.K., gevestigd te Tokio, Japan,
11. de vennootschap naar vreemd recht ev3 INTERNATIONAL, INC, gevestigd te Maple Grove, Minnesota, Verenigde Staten van Amerika,
12. de vennootschap naar vreemd recht ev3 INC. (voorheen genaamd MICROVE·NA CORPORATION), gevestigd te Wilmington, Delaware, Verenigde Staten van Amerika,
13. de vennootschap naar vreemd recht MICROTHE-RAPEUTICS, INC, gevestigd te Irvine, Californië, Verenigde Staten van Amerika,
14. de vennootschap naar vreemd recht DENDRON GMBH, gevestigd te Bochum, Duitsland,
15. de vennootschap naar vreemd recht ZMATIC GMBH, gevestigd te Wenen, Oostenrijk.
16. de vennootschap naar vreemd recht BELGIUM MEDICAL B.V.B.A., gevestigd te Genk, België,
17. de vennootschap naar vreemd recht CATH-NET-SCIENCE PARIS, gevestigd te Parijs, Frankrijk,
18. de vennootschap naar vreemd recht C. NICOLAI GMBH & CO. KG, gevestigd te Langenhager, Duitsland,
19. de vennootschap naar vreemd recht GLOBUS MEDICAL, gevestigd te Athene, Griekenland,
20. de vennootschap naar vreemd recht TECNO-GAMMA SAN MAURO (TO ITALIEN), gevestigd te San Mauro Torinese, TO-Piemonte, Italië,

21. de vennootschap naar vreemd recht SCANDINAVIAN MEDICAL GROUP, gevestigd te Brøndby, Denemarken,

22. de vennootschap naar vreemd recht ALMI LABORATORIES S.A. MADRID, gevestigd te Madrid, Spanje,

23. de vennootschap naar vreemd recht GRUPO TAPER, ALCOBENDAS, gevestigd te Madrid, Spanje,

24. de vennootschap naar vreemd recht AKROSWISS, gevestigd te Zürich, Zwitserland,

25. REMBRANDT MEDICAL B.V., gevestigd te Eemnes,

26. SIGMA MEDICAL B.V., gevestigd te Apeldoorn,

27. de vennootschap naar vreemd recht NEUROTECHNICS LIMITED, gevestigd te Thame, Oxon, Verenigd Koninkrijk,

28. de vennootschap naar vreemd recht TAYLOR BRYANT PTV. LIMITED, gevestigd te St. Leonards, Australië,

29. de vennootschap naar vreemd recht MS JACOVIDES HELLAS S.A., gevestigd te Athene, Griekenland,

30. de vennootschap naar vreemd recht ALFA MEDISYST, gevestigd te Athene, Griekenland,

verzoekers, hierna gezamenlijk te noemen: ev3 (in het enkelvoud),

procureur: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt, tegen

1. de vennootschap naar vreemd recht THE REGENTS OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA, gevestigd te Oakland (Californië), Verenigde Staten van Amerika,

2. BOSTON SCIENTIFIC INTERNATIONAL B.V., gevestigd te Maastricht, verweersters,

hierna te noemen: The Regents, procureur: mr W. Taekema.

### De procedure

Bij [tussenbeschikking van 26 januari 2006](#) heeft het hof partijen in de gelegenheid stellen zich schriftelijk uit te laten over hetgeen het hof in zijn tussenbeschikking onder 6 heeft overwogen. Ev3 heeft een aanvullend geschrift met producties en The Regents een akte houdende uitlatingen tussenbeschikking ter griffie ingediend. The Regents heeft bij brief van 10 augustus 2006 aanvullende producties ingebracht. Op 24 augustus 2006 heeft wederom een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Namens ev3 zijn verschenen mrs G.H. van der Meer en K.A.J. Bisschop, advocaten te Amsterdam, en namens The Regents is verschenen mr P. Burgers, eveneens advocaat te Amsterdam, die de standpunten van partijen mondeling hebben toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen.

### Beoordeling

1. Het hof blijft bij hetgeen het in zijn tussenbeschikking heeft overwogen en beslist.

2. In zijn tussenbeschikking onder 6 heeft het hof ten aanzien van het verzoek van ev3 om een voorlopig getuigenverhoor bij wege van rogatoire commissie te gelasten, overwogen dat het hem voorshands voorkomt dat dit verzoek in dit stadium van de bodemprocedure in strijd is met de goede procesorde wegens de voorziene aanmerkelijke vertraging van de

bodemprocedure. Het hof heeft tevens aan de orde gesteld in hoeverre ev3 belang heeft bij haar verzoek. Ten einde een verrassingsbeslissing te vermijden, heeft het hof partijen in de gelegenheid gesteld zich schriftelijk over een en ander uit te laten.

3. Ev3 stelt zich in dit verband op het standpunt dat zij thans, als gevolg van ontwikkelingen in de lopende procedures in de Verenigde Staten en Duitsland, geen belang meer heeft bij een snelle voortgang van de bodemprocedure. Volgens ev3 is haar voornaamste belang het onderzoeken en boven tafel krijgen van alle feiten. Zij stelt dat zij in de bodemprocedure de grondslag van haar grieven in principaal appèl aanzienlijk heeft uitgebreid en een groot aantal nieuwe producties heeft ingebracht en dat de rolraadsheer The Regents in de gelegenheid heeft gesteld hierop te reageren. The Regents heeft nog niet gereageerd;

de zaak staat thans op de parkeerrol en wordt pas op 7 december 2006 weer opgebracht. De zaak bevindt zich dus nog niet in het stadium dat pleidooi kan worden gevraagd, aldus ev3. Zij betoogt voorts dat het verzochte voorlopig getuigenverhoor dient voor de vaststelling van de feitelijke grondslag van het geschil en niet zozeer voor de bevestiging van feiten die al door haar aan haar vorderingen ten grondslag zijn gelegd. In dat verband voert ev3 aan dat een bewijsopdracht in een (tussen)arrest in de bodemzaak voor haar geen alternatief is. Het horen van getuigen ter uitvoering van een bewijsopdracht ziet alleen op het vergaren van bewijs ten aanzien van feiten die reeds zijn gesteld, terwijl in dit geval nu juist het punt is dat niet alle feiten bekend zijn; feiten die zij niet kent, kan zij ook niet stellen, noch bewijzen, aldus ev3.

4. Het hof overweegt dat de grondslag van de vordering van ev3 in de bodemprocedure klaarblijkelijk is dat de octrooien van The Regents niet geldig zijn, en dus niet hadden behoren te worden verleend, wegens gebrek aan nieuwheid dan wel inventiviteit. Ev3 heeft niet toegelicht in welk opzicht de uitkomst van het voorlopig getuigenverhoor tot een wijziging van die grondslag zou kunnen leiden. Haar stelling dat de octrooien niet geldig zijn, dient voldoende te zijn onderbouwd teneinde niet aanstonds wegens het ontbreken van een **onderbouwing te worden verworpen**. Naar het hof begrijpt, beoogt ev3 door middel van het voorlopig getuigenverhoor haar nog niet bekende feiten te vernemen met betrekking tot de stand van de techniek, die kunnen dienen ter (nadere) onderbouwing en tot bewijs van haar stelling in de bodemprocedure dat niet voldaan is aan de vereisten van nieuwheid en/of inventiviteit, dan wel die van belang kunnen zijn bij de bepaling van de beschermingsomvang van de octrooien. **Voor zover ev3 met die nieuwe feiten reeds door haar voldoende onderbouwde stellingen in de bodemprocedure nader wenst te onderbouwen dan wel te bewijzen, valt niet in te zien waarom niet een bewijsopdracht in de bodemprocedure kan worden afgewacht**. Indien zij haar stellingen voldoende heeft onderbouwd, zal zij zo nodig tot bewijs worden toegelaten. In dit verband merkt het hof op dat ev3 reeds beschikt over het bewijs dat is verkregen in de procedures in de Ve-

renigde Staten en Duitsland, waaronder de uitvoerige (600 pagina's tellende) getuigenverklaring van dr. Guglielmi die zij in de bodemprocedure heeft ingebracht. Na de verhoren is, aldus ev3, bovendien belangrijk nieuw bewijsmateriaal verkregen dat heeft geleid tot nieuwe inzichten omtrent de uitvindingen. **Voor zover ev3 zelf meent dat zij desondanks haar stellingen in de bodemprocedure onvoldoende heeft onderbouwd en om die reden niet tot bewijs zal worden toegelaten, moet worden aangenomen dat haar stellingen thans op speculaties berusten en dat zij met het voorlopig getuigenverhoor hoopt alsnog feiten te vernemen die haar stellingen kunnen ondersteunen. In dat geval is sprake van een 'fishing expedition'; daarvoor is het voorlopig getuigenverhoor echter niet bedoeld.**

5. Het hof merkt terzijde op dat de suggestie van ev3 dat de vertraging die in de bodemprocedure is opgelopen (alleen) aan The Regents is te wijten, moet worden verworpen. Naar ev3 zelf stelt, heeft zij in de bodemprocedure op 3 november 2005 een groot aantal nieuwe producties, waaronder de hiervoor genoemde getuigenverklaring van dr. Guglielmi, ingebracht. Het is gelet op de omvang van die producties voorstelbaar dat The Regents niet reeds op 1 december 2005, op welke datum de zaak op de rol stond voor antwoordakte aan de zijde van The Regents, heeft kunnen reageren. Aan haar is uitstel verleend. Ev3 heeft The Regents nadien niet peremptoir gesteld; bij pleidooi heeft haar raadsman desgevraagd medegedeeld dat de zaak met instemming van ev3 op de slaaprol is geplaatst. Ev3 stelt in dit verband zelf dat zij geen belang meer heeft bij een snelle voortgang van de bodemprocedure.

6. **Het voorgaande leidt het hof tot het oordeel dat het houden van een voorlopig getuigenverhoor in dit geval, waarin de bodemprocedure reeds in een vergevorderd stadium is, in strijd komt met de goede procesorde en voorts dat ev3 geen rechtens te respecteren belang daarbij heeft.** Het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor zal om die reden worden afgewezen.

7. In zijn **tussenarrest** onder 14 heeft het hof reeds geoordeeld dat ev3 niet-ontvankelijk is in haar verzoek om de Italiaanse rechter te verzoeken aan de getuigen die zij in het kader van het verzochte voorlopig getuigenverhoor wenste te doen horen, te bevelen bepaalde stukken over te leggen.

8. Ev3 zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

#### **Beslissing**

Het hof:

- wijst af het verzoek om bij wege van voorlopig getuigenverhoor aan de bevoegde rechterlijke autoriteit in Italië (het Tribunale Civile di Roma) te verzoeken vier getuigen te horen;
- verklaart ev3 niet-ontvankelijk in haar verzoek aan deze getuigen te bevelen bepaalde documenten aan ev3 ter hand te stellen;
- veroordeelt ev3 in de kosten van deze verzoekschriftprocedure, tot op heden aan de zijde van The Regents begroot op €291,--aan verschotten en €2.682,--aan salaris procureur.

---

**Hof Den Haag, 26 januari 2006**

(J.C. Fasseur-Van Santen, C.J. Verduyn en P.B. Kamminga,)

(...)

**De procedure**

Bij op 1 augustus 2005 ter griffie van het hof ingekomen verzoekschrift heeft ev3, onder overlegging van producties, verzocht om op grond van artikel 1 lid 1 sub a van de Verordening (EG) nr 1206/2001 aan het Tribunale Civile di Roma een viertal getuigen te horen en aan deze getuigen te bevelen kopieën te maken van bepaalde documenten en deze kopieën niet later dan 14 dagen voor de hoorzitting te sturen naar de raadsman van ev3 alsmede deze documenten ter inzage mee te nemen naar de zitting.

Bij op 3 oktober 2005 ter griffie van het hof ingekomen verweerschrift heeft The Regents, onder overlegging van een productie, verweer gevoerd en verzocht de verzoeken van ev3 af te wijzen.

Bij aanvullend verzoekschrift heeft ev3 haar verzoek vermeerderd in die zin dat zij het hof verzoekt de toewijzende beschikking uitvoerbaar bij voorraad te verklaren.

De mondelinge behandeling van het verzoekschrift heeft plaatsgevonden op 10 november 2005. Namens ev3 is verschenen mr L. Oosting en namens The Regents zijn verschenen mrs P. Burgers en F.W. Gerritzen, allen advocaat te Amsterdam, die de standpunten van partijen mondeling hebben toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen.

**Beoordeling**

1. Tussen partijen is bij het hof een procedure aanhangig onder rolnummer 2003/1646. De onderhavige verzoekschriftprocedure strekt er toe dat het hof bij wege van voorlopig getuigenverhoor in het kader van die reeds aanhangige procedure aan de bevoegde rechterlijke autoriteit in Italië, te weten het Tribunale Civile di Roma, zal verzoeken de volgende getuigen te horen:

- a. Giorgio Alpi;
- b. Velio Macellari;
- c. Giulio Guidetli;
- d. Guido Guglielmi.

Deze procedure strekt er voorts toe dat het hof aan het Tribunale Civile di Roma zal verzoeken deze getuigen te bevelen bepaalde documenten, waarover zij zouden beschikken, aan ev3 ter hand te stellen.

2. Het hof zal eerst het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor bij wege van rogatoire commissie te gelasten, beoordelen. Bij die beoordeling is het volgende van belang.

3. Onderwerp van de tussen partijen reeds aanhangige procedure is een aantal Europese octrooien, waarvan The Regents houder is: EP 0 484 468, EP 0 800 790, EP 0 804 905 en EP 0 803 230. De octrooien hebben alle betrekking op de endovasculaire behandeling van aneurismen met zogenoemde elektrolytisch afscheidbare draden. Die behandeling houdt in dat een draad met

een afscheidbaar eindgedeelte, veelal in de vorm van een spiraal, met behulp van een microkatheter in een slagader wordt ingebracht en geplaatst in het aneurisme. Door middel van elektrotrombose rondom het eindgedeelte van de draad wordt dit eindgedeelte vervolgens elektrolytisch afgescheiden. In eerste aanleg heeft ev3 (voorwaardelijk) een verklaring voor recht gevorderd dat zij in de gedesigneerde landen geen inbreuk maakt op de octrooien en voorts vernietiging van het Nederlandse deel van de octrooien. The Regents heeft in reconventie inbreukverboden (met nevenvorderingen) gevorderd. De rechtbank heeft bij vonnis van 22 oktober 2003 octrooi EP 0 803 230 vernietigd, voorts geoordeeld dat de overige octrooien geldig zijn en aan ev3 verboden op deze octrooien inbreuk te maken. Tegen dit vonnis is ev3 in hoger beroep gekomen.

4. Ev3 stelt dat zij, nadat de rechtbank vonnis had gewezen, een grote hoeveelheid nieuw bewijs heeft verzameld dat van belang is voor zowel de vraag of de octrooien geldig zijn, als voor de vraag of ev3 daarop inbreuk maakt. Dit bewijs is onder meer verkregen door 'depositions' en bewijsgaring in de Verenigde Staten en in Duitsland. Bij de depositions zijn onder meer dr Guido Guglielmi, ir Ivan Sepetka en dr Fernando Viñuela als getuigen gehoord. Een belangrijk deel van het nieuwe bewijs heeft betrekking op het vroege werk en/of vroege publicaties met betrekking tot de beweerdelijke uitvindingen vóór de prioriteitsdata door praktijkbeoefenaars in het relevante technische gebied in Italië en de Verenigde Staten. Op grond van dit nieuwe bewijs heeft zij gegronde redenen om aan te nemen dat de genoemde getuigen bewijs kunnen verschaffen dat van belang is voor de grondslag van de vorderingen in de appèlprocedure, aldus ev3. Ev3 stelt dat dit bewijs betrekking heeft op het vroege werk dat met betrekking tot de uitvindingen door de getuigen is uitgevoerd in de jaren '80 aan de Universiteit van Rome en, sinds 1989 (door Guglielmi) aan de Universiteit van California. Ev3 heeft in dit verband een aantal activiteiten genoemd en een aantal producties overgelegd, waarover zij aan de getuigen vragen wenst te stellen.

5. The Regents maakt bezwaar tegen inwilliging van het verzoek een voorlopig getuigenverhoor te gelasten. Zij maakt in het bijzonder bezwaar tegen het horen van dr Guglielmi. In dit verband voert zij aan dat in de Verenigde Staten thans een procedure aanhangig is tussen verweerster sub 1 en verzoeksters sub 13 en 14 met betrekking tot de Amerikaanse equivalenten van de octrooien die centraal staan in de hoofdzaak en dat in het kader van die procedure ev3's Amerikaanse raadsman in Rome uitvoerig getuigenverklaringen heeft afgenomen van dr Guglielmi op 7,8 en 9 september 2004. Volgens The Regents dekken deze verhoren, die bijna 600 pagina's belopen, alle aspecten van de onderwerpen waarover ev3 dr Guglielmi wil horen. Gezien de onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen kan ev3 in redelijkheid niet tot toepassing van haar bevoegdheid tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor worden toegelaten; bovendien heeft zij geen belang bij dit verzoek, aldus The Regents.

6. Het hof overweegt als volgt. In beginsel heeft de verzoeker van een voorlopig getuigenverhoor recht daarop. In zijn arrest van HR 11 februari 2005, NJ 2005, 442, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor als bedoeld in artikel 186 Rv., als het overigens aan de eisen voor toewijzing daarvan voldoet, niettemin kan worden afgewezen op de volgende gronden:

- dat van de bevoegdheid tot het bezigen van dit middel misbruik wordt gemaakt;
- dat het strijdig is met de goede procesorde, dan wel dat het moet afstuiten op een ander, door de rechter als zwaarwichtig geoordeeld bezwaar;
- dat de verzoeker geen belang heeft in de zin van artikel 3:303 BW.

Bij de beoordeling van het verzoek van ev3 acht het hof voorts de volgende omstandigheden van belang. Het betreft hier een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor dat wordt gedaan in het kader van een reeds in appèl aanhangige procedure. Het is het hof ambtshalve bekend dat ev3 in deze procedure heeft aangedrongen op spoedig voortprocederen en in dit verband het hof al in een vroeg stadium heeft verzocht een datum voor pleidooi te bepalen.

Dit verzoek is overigens niet ingewilligd op de grond dat de aangevoerde argumenten niet voldoende zwaarwegend zijn om af te wijken van het rolreglement.

Op 3 november 2005 heeft ev3 een memorie van antwoord in het incidenteel appèl ingediend. De bodemzaak is dus thans uitgeconcludeerd en in het stadium dat -zoals gebruikelijk in octrooizaken -een datum voor pleidooi kan worden gevraagd. Binnen afzienbare tijd kan in de bodemzaak een (tussen)arrest met, indien opportuun, een bewijsopdracht, worden gewezen. Het komt het hof voorshands voor dat het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor te bevelen in dit stadium van de bodemprocedure in strijd is met de goede procesorde. Het verzoek om een voorlopig getuigenverhoor te bevelen ten einde, bij wege van een rogatoire commissie, getuigen in Italië te doen horen, zal, naar aangenomen moet worden, een aanzienlijke hoeveelheid tijd in beslag nemen. Voor zover de getuigen zouden worden gehoord alvorens het (tussen)arrest wordt gewezen -dit is kennelijk de bedoeling van ev3 - zal dit in ieder geval een aanzienlijke vertraging van de bodemprocedure meebrengen. In dit verband rijst tevens de vraag in hoeverre ev3 belang heeft bij haar verzoek. Ten einde een verrassingsbeslissing te vermijden, zal het hof partijen in de gelegenheid stellen zich schriftelijk over een en ander uit te laten.

7. Op de hiervoor onder 5 weergegeven bezwaren van The Regents tegen inwilliging van het verzoek een voorlopig getuigenverhoor te bevelen, zal het hof, zo nodig, nader ingaan.

8. Ev3 stelt dat zij op grond van artikel 843a Rv. bevoegd is om inzage, afschrift of uittreksel te vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin zij partij is van degene die deze bescheiden onder zich heeft. In het kader van haar verzoek aan het hof een voorlopig getuigenverhoor in Italië te bevelen,

verzoekt zij tevens dat de Italiaanse rechter aan die getuigen zal bevelen bepaalde stukken over te leggen.

9. Het hof overweegt als volgt. In deze zaak is toepasselijk de op 1 januari 2004 in werking getreden Verordening (EG) nr 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken. Ingevolge artikel 1 lid 1 Bewijsverordening dient het hof Nederlands recht toe te passen. Artikel 843a lid 1 Rv. bepaalt dat hij die daarbij rechtmatig belang heeft, op zijn kosten inzage, afschrift of uittreksel kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn rechtsvoorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of onder zijn berusting heeft. Uit deze bepaling volgt dat de vordering moet worden ingesteld tegen degene(n) die de desbetreffende bescheiden onder zich heeft. Indien tussen deze(n) en de belanghebbende reeds een procedure aanhangig is, kan inzage worden gevorderd door het instellen van een incidentele vordering; indien (nog) geen procedure aanhangig is, dient in een dagvaardingsprocedure een vordering te worden ingesteld tegen degene(n) die de stukken onder zich heeft. De onderhavige procedure is evenwel een verzoekschriftprocedure; ev3 heeft het verzoek bovendien niet gericht tegen degenen die de stukken onder zich zouden hebben, maar tegen The Regents, haar wederpartij in de Engelse procedure.

10. Ev3 betoogt niettemin dat een vordering uit hoofde van artikel 843a Rv. ook op andere wijze dan bij dagvaarding aanhangig kan worden gemaakt en dat degene tegenover wie men van het bewijsmiddel gebruik wenst te maken niet de wederpartij hoeft te zijn. Ter ondersteuning van dit betoog verwijst zij naar het arrest van HR 18 februari 2000, NJ 2001, 259. In die zaak had de Engelse rechter op grond van het in die zaak nog toepasselijke Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken bij wege van rogatoire commissie aan de centrale autoriteit voor Nederland verzocht een getuige bepaalde vragen te stellen en hem, althans zijn werkgever, te verplichten bepaalde documenten over te leggen. Ingevolge artikel 1 lid 1 van het Verdrag heeft de Engelse rechter -de verzoekende rechter -Engels recht toegepast.

De kantonrechter in Nederland -de aangezochte rechter -heeft deze getuige opgeroepen voor een verhoor. De werkgever van de getuige heeft bezwaar gemaakt tegen de rogatoire commissie. De kantonrechter diende op de voet van artikel 9 van het Verdrag Nederlands recht toe te passen. Dit hield in dat de Nederlandse rechter in deze 'bezwaarprocedure' het verzoek van de Engelse rechter om overlegging van stukken te bevelen moest beoordelen aan de hand van artikel 843a Rv. Deze 'bezwaarprocedure' -een verzoekschriftprocedure -heeft geleid tot de beschikking van de Hoge Raad. Uit de omstandigheid dat deze zaak een verzoekschriftprocedure betrof, kan dus niet worden afgeleid dat een vordering als bedoeld in artikel 843a Rv. ook op andere wijze dan bij dagvaarding aanhangig kan worden gemaakt; het betrof in dat geval immers geen vordering als bedoeld in artikel 843a. Uit de beschikking van de

Hoge Raad kunnen dan ook geen regels worden afgeleid tegen wie de vordering moet worden ingesteld.

11. Hieruit volgt dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 843a Rv.

12. Ev3 stelt in dit verband voorts dat het hof op grond van artikel 22 Rv. bevoegd is om The Regents te bevelen om bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen.

13. Het hof oordeelt dat artikel 22 Rv. ev3 evenmin kan baten. Deze bepaling ziet op de mogelijkheid dat de rechter '*in elke stand van de procedure*' een partij kan bevelen bepaalde stukken over te leggen. Een partij kan in een lopende procedure de rechter verzoeken aan haar wederpartij een dergelijk bevel te doen. Een dergelijk verzoek hoort dus in de hoofdzaak thuis. De onderhavige verzoekschriftprocedure leent zich niet voor een dergelijk verzoek, nog daargelaten dat uit de stellingen van ev3 niet blijkt dat The Regents over de bedoelde documenten beschikt, zodat een bevel aan The Regents om die documenten over te leggen reeds daarom niet aan de orde is.

14. Hieruit volgt dat ev3 niet-ontvankelijk is in haar verzoek om de Italiaanse rechter te verzoeken aan die getuigen zal bevelen bepaalde stukken over te leggen.

15. Het hof verzoek partijen zich schriftelijk uit te laten omtrent hetgeen hiervoor onder 6 is overwogen.

#### **Beslissing**

Het hof:

- bepaalt dat partijen hun geschriften als hiervoor bedoeld onder 15 juncto 6 ter griffie van dit hof indienen vóór 25 februari 2006;
- houdt iedere verdere beslissing aan.