

BENELUX-GERECHTSHOF

PARKET

COUR DE JUSTICE BENELUX

PARQUET

A 78/2/6

CONCLUSIE

CONCLUSIONS

15.5.1979

in zaak

dans l'affaire

A 78/2

PFIZER / MEDITEC - VAN DEN BROEK

BENELUX-GERECHTSHOF

P A R K E T

Vertaling

CONCLUSIE van Mevrouw J. OLINGER-ROUFF  
Advocaat-Generaal, Hoofd van het Parket  
in zaak A 78/2  
PFIZER / MEDITEC - VAN DEN BROEK  
-----

Mijnheer de President,  
Mijne Heren Rechters van het Benelux-Gerechtshof,

In een rechtsgeding tussen de vennootschap PFIZER Incorporated enerzijds en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid MEDITEC B.V. en Antonius Johannes Th. van den BROEK anderzijds, heeft de Arrondissementsrechtbank te 's Hertogenbosch bij vonnis van 31 maart 1978 onder opschorting van iedere definitieve uitspraak, het Benelux-Gerechtshof verzocht uitspraak te doen over drie vragen van uitlegging van artikel 13 van de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken.

In de eerste plaats is het van belang een overzicht te geven van de feiten, die aan het geschil ten grondslag liggen en die in het vonnis van de rechtbank te 's Hertogenbosch als volgt worden omschreven :

Pfizer is houdster en uitsluitend gerechtigde, krachtens de bij het Benelux Merkenbureau verrichte depots, van het woordmerk "MECADOX", het beeldmerk "PFIZER" en het woordmerk "PFIZER".

Pfizer gebruikt deze merken ter aanduiding van een groeibevorderende stof, die aan veevoer wordt toegevoegd en waarvan het actieve bestanddeel de soortnaam "CARBADOX" draagt. Bedoeld produkt wordt speciaal aan biggen gevoerd. Pfizer brengt dit produkt onder de naam "MECADOX" in de handel en verpakt het in papieren zakken waarop de vermelding "MECADOX" alsmede het beeld- en woordmerk "PFIZER" afgedrukt staan.

Pfizer heeft MEDITEC verweten één van de verspreiders in Nederland te zijn van namaak-MECADOX, die vanuit Italië in de handel wordt gebracht. Niet alleen het produkt MECADOX zou worden geïmiteerd, maar dat namaak- produkt zou ook in imitatie-Pfizer-Italiana-zakken worden verpakt, waarop de aan Pfizer toebehorende merken staan nagebootst.

Aangezien MEDITEC en Van den BROEK, destijds de enige directeur van MEDITEC, inbreuk op de merkrechten van Pfizer zouden hebben gemaakt, heeft laatstgenoemde vennootschap bij de arrondissementsrechtbank te 's Hertogenbosch een aantal maatregelen tegen MEDITEC alsmede tegen Van den BROEK gevorderd tot staking van de geïncrimineerde handelingen van MEDITEC en tot vergoeding van de beweerde geleden schade. (Op deze verscheidene aspecten wordt nader ingegaan bij het onderzoek van de aan het Hof gestelde 2e en 3e vraag).

Harerzijds erkent MEDITEC dat Pfizer recht heeft op de desbetreffende merken.

Ook geeft MEDITEC toe, dat zij MECADOX in Pfizer-Italiana-zakken met genoemde merkopdrukken heeft ingekocht en dat zij dit produkt heeft doorverkocht.

MEDITEC betwist echter pseudo-Mecadox in namaak-Pfizer-Italiana-verpakking te hebben verhandeld.

MEDITEC houdt staande dat het door haar in de handel gebrachte produkt originele Mecadox in originele Pfizer-Italiana-verpakking is en dat dit produkt met die verpakking door Pfizer zelf of haar licentiehouders in het verkeer is gebracht.

De rechtbank van 's Hertogenbosch heeft als vaststaand aangenomen, dat Pfizer recht heeft op de door haar genoemde merken tot aanduiding van bedoelde groeibevorderende stof voor dieren.

Voor de rechtbank staat eveneens vast dat MEDITEC dezelfde stof in de handel heeft gebracht of althans een imitatie daarvan en dus een soortgelijke waar, onder gebruikmaking van genoemde merken.

Partijen zijn het echter niet eens of het door Meditec in Pfizer-verpakking in het verkeer gebrachte Mecadox een imitatie is van Mecadox, verpakt in imitatie-Pfizer-Italiana-verpakkingen, zoals Pfizer stelt, dan wel originele Mecadox in originele Pfizer-Italiana-verpakking, welke door Pfizer zelf of haar licentiehouders in het verkeer is gebracht, zoals Meditec volhoudt.

De rechtbank te 's Hertogenbosch vraagt zich af op wie de bewijslast moet rusten : moet Meditec bewijzen dat het om een origineel produkt gaat, of moet Pfizer bewijzen dat het namaak is ?

Aangenomen, dat de merkinbreuk komt vast te staan, dan kan Pfizer zich daartegen op grond van artikel 13, sub A aanhef, verzetten.

Hierbij gaat het er voor de rechtbank te 's Hertogenbosch om of de door Pfizer ingestelde vorderingen van verzet kunnen berusten op artikel 13 van de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken.

Aangezien Pfizer ook Van den Broek, de directeur van de vennootschap Meditec, heeft gedagvaard, ziet de rechtbank te 's Hertogenbosch zich voor de vraag geplaatst of Van den Broek persoonlijk aansprakelijk is voor de merkinbreuken ; dit zou erop neerkomen dat men zich moet afvragen wat verstaan dient te worden onder "gebruik" in artikel 13, sub A aanhef en sub 1 en 2 en of het gebruik dat Van den Broek in zijn kwaliteit van directeur van Meditec van de merken van Pfizer heeft gemaakt een persoonlijk gebruik van die merken vormt, waarvoor hij aansprakelijk is,

dan wel of

Van den Broek zelf geen "gebruik" van de merken van Pfizer in de zin van genoemd artikel 13 heeft gemaakt.

Gelet op de bovenomschreven stellingen en weren van partijen, heeft de rechtbank te 's Hertogenbosch beslist, dat vragen van uitleg van de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken zijn gerezen met betrekking tot artikel 13.

Het ten deze relevante gedeelte van dat artikel luidt als volgt :

A. Onverminderd de toepassing van het gemene recht betreffende de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad kan de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht verzetten tegen :

1. elk gebruik dat van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt voor de waren, waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren ;
2. elk ander gebruik, dat zonder geldige reden in het economisch verkeer van het merk of van een overeenstemmend teken wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden, dat aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht.

Onder dezelfde voorwaarden kan de merkhouder schadevergoeding eisen voor elke schade, die hij door dit gebruik lijdt.

Het uitsluitend recht op het merk omvat echter niet het recht zich te verzetten tegen het gebruik van het merk voor waren, die de merkhouder of zijn licentiehouders onder het bedoelde merk in het verkeer heeft gebracht, mits de toestand van de waren niet is gewijzigd.

B. ....

C. ....

De vragen waarover de rechtbank te 's Hertogenbosch het Benelux-Gerechtshof uitspraak verzoekt te doen, zijn de volgende :

1.- Brengt genoemd artikel mee, dat, gelet op de bovenomschreven vaststaande feiten en stellingen en weren van partijen,

Meditec en Van den Broek moeten bewijzen, dat de door hen verhandelde Mecadox-in-Pfizer-Italiana-verpakking met opgedrukte Pfizer-merken door Pfizer zelf of haar licentiehouders in het verkeer is gebracht ?

Of brengt genoemd artikel mee, dat, gelet op die feiten en stellingen en weren, Pfizer moet bewijzen, dat de door Meditec en Van den Broek verhandelde Mecadox-in-Pfizer-Italiana-verpakking imitatie is geweest ?

Of geeft genoemd artikel geen definitief of zelfs geen enkel richtsnoer omtrent de bewijslast ?

2.- Aangenomen dat de bovenomschreven ten processe bedoelde merkinbreuk komt vast te staan : Rechtvaardigt genoemd artikel 13 dan de bovenomschreven petita van Pfizer sub 1 tot en met 5, elk afzonderlijk en gezamenlijk ?

Of worden die petita of een of meer daarvan door genoemd artikel juist niet gerechtvaardigd ?

Of geeft genoemd artikel daaromtrent geen definitief of zelfs geen enkel richtsnoer ?

3.- Aangenomen dat de bovenomschreven ten processe bedoelde merkinbreuk komt vast te staan : Is Van den Broek dan, conform meergenoemd artikel, persoonlijk aansprakelijk voor wat hij in zijn kwaliteit van directeur van Meditec heeft verricht of waaraan hij in die kwaliteit leiding heeft gegeven ?

Of is volgens dat artikel slechts Meditec aansprakelijk onder uitsluiting van Van den Broek persoonlijk ?

Of geeft meergenoemd artikel daaromtrent geen definitief of zelfs geen enkel richtsnoer ?

-----

In de eerste plaats wil ik er op wijzen dat de rechtbank te 's Hertogenbosch, in haar vonnis van 31 maart 1978, gemeend heeft geen andere vragen aan het Benelux-Gerechtshof te moeten stellen, met name niet ten aanzien van de schuld, een probleem dat de rechtbank niettemin in haar vonnis heeft vermeld.

Het Hof zal zich niet buiten de vraagstelling van de rechtbank mogen begeven en dient de hem gestelde vragen te aanvaarden.

In de opzet van de samenwerking tussen de nationale rechter en de rechter van de Benelux Unie, is het de taak van de nationale rechter te beoordelen of een vraag al dan niet moet worden gesteld en of een vraag al dan niet relevant is voor het oplossen van het aan hem voorgelegde geschil.

Met betrekking tot de kwestie of het Hof de gestelde vragen mag wijzigen, wordt aanvaard dat materiële vergissingen steeds mogen worden hersteld.

Ook kan het Hof zijn antwoord beperken tot een gedeelte van de vraag en zal het zich slechts uitspreken in zoverre het bevoegd is.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en het Benelux-Gerechtshof huldigen ten deze dezelfde opvatting. (uiteenzetting van rechter DONNER over "Het Hof van Justitie : bevoegdheid, organisatie, procedure. Artikel 177." ter gelegenheid van het bezoek van magistraten van de Lidstaten aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen op 17 en 18 april 1978 ; Uitspraak van het Benelux-Gerechtshof van 1 maart 1975 in zaak A 74/1 Colgate-Palmolive / Bols, 4e vraag ; Conclusie van de Heer DUMON, Advocaat-Generaal, Hoofd van het Parket, in zaak A 76/2 ADG-Sieben / Leeferink).

De in artikel 1 van het Verdrag van 31 maart 1965 omschreven taak van het Benelux-Gerechtshof bestaat erin de gelijkheid te bevorderen bij de toepassing van de rechtsregels, gemeen aan België, Nederland en Luxemburg.

Te dien einde neemt het Hof, krachtens artikel 6 en volgende van het Verdrag, kennis van vragen betreffende de uitleg van gemene rechtsregels, die als zodanig zijn aangewezen.

De beoordeling van de feiten ligt niet op de weg van het Hof, evenmin als de beoordeling van de nationale regels. Zoals artikel 6 van het Verdrag van 31 maart 1965 evenwel voorschrijft, moet de beslissing waarbij uitleg wordt gevraagd de feiten omschrijven in verband waarmee de door het Hof te geven uitleg wordt gevraagd.

Volgens de auteurs van het Verdrag, kan het Benelux-Gerechtshof nu eenmaal bezwaarlijk abstraheren van de feiten die in concreto aan de interpretatie ten grondslag liggen, want slechts met kennis van die omstandigheden zal men in staat zijn om op juiste wijze het rechtspunt vast te stellen en later de betekenis van de gegeven interpretatie te bepalen voor andere of toekomstige gedingen (Memorie van Toelichting met name m.b.t. artikel 6, blz. 34).

De interpretatie van het Hof zal evenwel abstract blijven in die zin dat het antwoord, dat het Hof op naar aanleiding van een bijzonder geval gestelde vragen geeft, ook voor andere gevallen zal moeten gelden, die aan het Hof in de toekomst voorgelegd zouden worden. (Conclusie van de Heer DUMON, Advocaat-Generaal, Hoofd van het Parket, in de zaak ADG-Sieben / Leeferink).

"De interpretatie van gemeenschappelijke rechtsregels stelt het Benelux-Gerechtshof voor een veelomvattende, kiese en zware taak ; het gaat hierbij uiteraard niet alleen om het vaststellen van de juiste betekenis van een bepaling, een rechtsregel of een norm.

.....

.....

Zoals mutatis mutandis uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen blijkt, moet eveneens als de interpretatie van een bepaling, een gemeenschappelijke rechtsregel, worden beschouwd de beslissing vanaf welk moment deze "gemeenschappelijke rechtsregel" van toepassing is, of bedoelde regel al dan niet volledig is en dus eventueel door de nationale wetgever kan worden aangevuld, of een bepaalde rechtshandeling of rechtsfeit door de "gemeenschappelijke rechtsregels" wordt beheerst of, zo niet, onder andere rechtsregels valt (...), zonder dat het Benelux-Gerechtshof evenwel bevoegd is zulks nader te bepalen.

Voorts dient onder "interpreteren" te worden verstaan de beslissing of een "gemeenschappelijke rechtsregel" al dan niet primeert boven andere normen of regels (...)."

(vgl. Toespraak van de Heer DUMON, Advocaat-Generaal, Hoofd van het Parket van het Benelux-Gerechtshof, uitgesproken ter gelegenheid van de eerste plechtige zitting van het Benelux-Gerechtshof op 11 mei 1974 te Brussel, nota sub 11).

-----

Wat de eerste aan het Hof voorgelegde vraag betreft :

namelijk of Meditec en Van den Broek het bewijs moeten leveren dat het door hen verhandelde Mecadox in Pfizer-Italiana-verpakking met opgedrukte Pfizer-merken door Pfizer zelf of door haar licentiehouders in het verkeer is gebracht

dan wel

of Pfizer moet bewijzen dat het door Meditec en Van den Broek verhandelde Mecadox in Pfizer-Italiana-verpakking een imitatie is.

In dit verband wijs ik er opnieuw op dat, hoewel het Hof moet worden ingelicht omtrent de feiten die aan het geschil ten grondslag liggen, het niet de bevoegdheid heeft over de zaak zelf "in concreto" uitspraak te doen, daar die beslissing alleen aan de nationale rechter toekomt.



Het Hof mist de bevoegdheid om te beslissen of het bedoelde bewijs door Meditec en Van den Broek dan wel door Pfizer moet worden geleverd. Uit de vraagstelling van de rechtbank te 's-Hertogenbosch, die vragen met betrekking tot de toepassing van het recht bevat, zou het Hof de vraag moeten afscheiden die op het eenvormige recht betrekking heeft en waarop een antwoord dient te worden gegeven, zoals het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zulks doet wanneer het een prejudiciële zaak in behandeling neemt. (Conclusie van de Heer J.P. Warner, Advocaat-Generaal, in de zaak EMI Records Limited/C.B.S. United Kingdom, 51-75, Jurisprudentie blz. 855 ; Contentieux communautaire door Vandersanden en Baran, blz. 81, procédure préjudicielle).

Het Hof kan de eerste vraag slechts gedeeltelijk beantwoorden, nl. het laatste gedeelte van de vraagstelling : geeft artikel 13 BMW al dan niet een richtsnoer omtrent de bewijslast, in aanmerking genomen een situatie als die waarin Pfizer alsmede Meditec en Van den Broek verkeren.

De opstellers van artikel 13 BMW hebben zich niet uitgelaten over de bewijslast.

Zijn er in de context van de eenvormige Beneluxwet op de warenmerken en meer in het bijzonder in artikel 13 aanwijzingen te vinden om de vraag te beantwoorden ?

Over het vraagstuk van de bewijslast kent de BMW slechts de bepaling van artikel 5, 3°, dat de nationale rechter de mogelijkheid biedt de bewijslast om te keren inzake vorderingen tot vervallenverklaring van het merk wegens niet-gebruik.

"L'expérience acquise aux Pays-Bas démontre que la sanction du défaut d'usage resterait lettre morte si les principes généraux du droit en matière de preuve étaient intégralement maintenus et si en conséquence le demandeur était seul chargé de la preuve négative du non-usage. La loi uniforme confie au tribunal le pouvoir de répartir la charge de la preuve de la façon la plus équitable .....", ainsi s'expriment les auteurs de la LBM dans le commentaire de l'article 5 cité. (Précis des Marques de Produits, Antoine Braun, blz. 282, L'action en déchéance de la charge de la preuve.)

Uit het feit dat de opstellers van de BMW de bewijslast inzake vorderingen tot vervallenverklaring van het merk wegens niet-gebruik geregeld hebben, mag men wellicht afleiden dat, zou het in hun bedoeling hebben gelegen in specifieke eenvormige regels te voorzien met betrekking tot de bewijslast inzake verzet tegen het gebruik van het merk - art. 13 -, zij dit stellig uitdrukkelijk zouden hebben aangegeven, zoals zij ten aanzien van artikel 5 hebben gedaan.

Dat de opstellers van de BMW stilzwijgend aan dit aspect van het eenvormige merkenrecht zijn voorbijgegaan toont aan dat zij niet wensten te tornen aan de algemene beginselen van het bewijsrecht. Vooral hebben zij met betrekking tot artikel 13 zich niet willen bemoeien met de taak van de nationale feiten-rechter.

Het eenvormige recht schijnt op dit punt door de nationale wet te moeten worden aangevuld.

Dat bepaalde verschillen tussen de drie landen bij de toepassing van het merkenrecht zouden kunnen voortbestaan, lijkt onvermijdelijk, doch volkomen begrijpelijk, aangezien de eenmaking van de regels niet volledig is.

Het is inderdaad zo dat een fabrieksmerk een belangrijk middel kan zijn om zich, met een beroep op het privaatrecht, tegen het vrije goederenverkeer tussen Staten te verzetten en dat ook de unie van de drie Benelux-staten, die "eerste gemeenschappelijke markt" met een beperkter toepassingsgebied, van een volledig vrij handelsverkeer uitgaat. (Aspects actuels du droit des marques dans le Marché commun, door L. v. Bunnin - Universitair Centrum voor vergelijkend recht, Brussel, 1967, blz. 334).

Met het oog hierop kwam de Benelux-merkenwet tot stand.

Het is bekend dat de eenvormige wet zich ertoe beperkt de eenmaking van het merkenrecht op civielrechtelijk gebied te realiseren ; de strafbepalingen van de Belgische, Nederlandse en Luxemburgse wetten werden door de eenvormige wet niet gewijzigd.

Zelfs op civielrechtelijk vlak is de eenvormige wet niet zo ver gegaan dat een uniforme regeling werd getroffen inzake bevoegdheid en rechtspleging, waarop in principe de nationale wetten toepasselijk blijven (Antoine Braun, Précis des marques de produits, blz. 309).

De opstellers van de BMW hebben in de Memorie van toelichting overwogen dat, voor het opheffen van de belemmeringen van het vrije handelsverkeer tussen de Benelux-staten, een eenvormige regeling m.b.t. het ontstaan, de duur, het verval of de nietigverklaring en de overgang van het merkrecht zou zijn vereist.

Een identieke definitie van de tekens die voor bescherming als merk in aanmerking komen en van de aard der handelingen, welke als merkinbreuk moeten worden aangezien, zou evenzeer noodzakelijk zijn (Memorie van toelichting, blz. 4).

Over de eenmaking van de regels m.b.t. bewijslast, wordt niet gesproken.

Mijns inziens zal het Hof de eerste vraag moeten beantwoorden in die zin dat artikel 13 BMW geen enkel richtsnoer betreffende de bewijslast inhoudt.

Hiertegen zou men mogelijk kunnen inbrengen dat het geschreven recht van het Europese Hof van Justitie evenmin uitdrukkelijke regels inzake de bewijslast bevat, terwijl toch bepaalde beginselen ter zake door middel van de jurisprudentie naar voren zijn gekomen (Achim André : Beweisführung und Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof).

Hierbij dient de nadruk te worden gelegd op het verschil tussen enerzijds het Europese Hof van Justitie dat, in de zaken die aan het Hof worden voorgelegd, bevoegd is tot beoordeling van de feiten en dat zich in die zaken - die door genoemde auteur werden becommentarieerd - over de bewijslast heeft uitgesproken, en anderzijds het Benelux-Gerechtshof dat zich, bij de uitvoering van zijn opdracht tot uitlegging van gemeenschappelijke rechtsregels, niet met de bewijsvoering mag inlaten.

Zelfs in die gevallen waarin aan het Europese Hof van Justitie een prejudiciële beslissing wordt gevraagd, ligt het nog anders dan bij het Benelux-Hof.

Het Europese Hof kan tot het verschaffen van bewijsmateriaal toelating geven en die maatregelen van instructie worden in de teksten geregeld (doch niet de kwestie van de bewijslast). (Zie Conclusie van de Heer J.P. Warner, Advocaat-Generaal, in de zaak 51-75 EMI Records / CBS United Kingdom, Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen 1976-5, blz. 854 - Toelaatbaarheid van het bewijs door middel van geschriften ; Contentieux communautaire, door Vandersanden en Baran, blz. 50, Le régime de la preuve et les mesures d'instruction).

Het Benelux-Gerechtshof kan nooit de feiten onderzoeken die aan het geschil ten grondslag liggen in tegenstelling tot het Europese Hof van Justitie tot wiens taak zulks onder bepaalde voorwaarden wèl behoort.

Een probleem van bewijslast kan zich niet rechtstreeks voor het Benelux-Gerechtshof voordoen, terwijl met betrekking tot dit punt een beroep op analogie niet steekhoudend zou zijn.

Het mag dan al waar zijn dat de Heer Fr. Capotorti, Advocaat-Generaal, in zijn conclusie in de zaak nr 28/77 TEPEA B.V. / Commissie van de Europese Gemeenschappen, arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen van 20 juni 1978, schrijft :

".....

..... maar in plaats van te bewijzen dat er sprake was van werkelijke namaak, dat wil zeggen van niet door W. vervaardigde producten, heeft zij (T.) op een omkering van de bewijslast gemikt - in die zin dat de parallelle importeur de authenticiteit van het produkt zou hebben aan te tonen.

Onverminderd de desbetreffende nationale procedureregels, zou ik willen opmerken dat een dergelijke gedragslijn van T. gemeenschapsrechtelijk gezien, niet slechts kan leiden tot gevolgen die zich niet verdragen met het algemeen beginsel van het vrije verkeer van goederen tussen de Lid-Staten, doch ook op zichzelf met de geest van zulk een grondbeginsel van de gemeenschappelijke markt, die impliceert dat alle beperkingen welke men eraan mocht willen stellen, door betrokkenen zelf dienen te worden gerechtvaardigd, in strijd lijkt te komen."

"....."

Het ging in dit geval nl. om een beroep tot nietigverklaring van een beslissing van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, hetgeen meebracht dat het Europese Hof bepaalde feitelijke aspecten van het geschil had te onderzoeken hetgeen, als gezegd, voor het Benelux-Gerechtshof niet het geval kan zijn.

Sommige commentatoren van de rechtspraak van het Europese Hof sluiten nationale oplossingen ter zake van de bewijslast niet uit. Zij stellen vast dat allen eensgezind zijn met betrekking tot het grondbeginsel dat inzake bewijslast geldt en zij spreken van "Weltgewohnheitsrecht" in verband met het beginsel dat de bewijslast beheerst ("Grundsatz der Beweislastregelung") en dat zij als volgt onder woorden brengen :

de door een norm beoogde rechtsgevolgen kunnen eerst worden erkend wanneer de feiten waarop die rechtsgevolgen berusten, bewezen zijn en wordt vastgesteld dat de feiten die deze gevolgen te niet doen, belemmeren of verhinderen te ontstaan, niet bewezen zijn.

("... die in einer Norm vorgesehene Rechtsfolge kann nur anerkannt werden, wenn die sie begründenden Tatsachen bewiesen und die vernichtenden, hemmenden oder ihren Eintritt hindernden Tatsachen, als nicht bewiesen festgestellt sind (Pohle)" - (Achim André, Beweisführung und Beweislast im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof).

Het door Pfizer aangevoerde bezwaar dat de stelling, volgens welke de BMW geen aanwijzing zou bevatten met het oog op een uniforme regeling van de bewijslast, een ernstig risico voor de eenvormige toepassing van de wet zou inhouden mist elk gewicht.

Enerzijds wordt het doel van de BMW, volgens de opstellers ervan, bereikt door de eenmaking van de regels op bepaalde gebieden ; en het probleem van de bewijslast hebben zij niet genoemd.

Anderzijds kunnen, daar het grondbeginsel inzake de bewijslast in de drie landen hetzelfde is, de verschillen dienaangaande niet groot zijn.

-----

Wat de tweede vraag betreft :

Pfizer heeft bij de rechtbank te 's-Hertogenbosch een aantal vorderingen ingediend waaronder de 5 volgende :

1. Meditec en Van den Broek ieder gebruik te verbieden van de door haar - Pfizer - onder n<sup>o</sup>S 074898, 074910 en 081210 in het Benelux-Merkenregister ingeschreven merken of van daarmee overeenstemmende tekens, anders dan voor door of vanwege haar - Pfizer - onder die merken in het verkeer gebrachte waren ;
2. Meditec en Van den Broek te bevelen om uiterlijk veertien dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan haar - Pfizer - een volledige opgave te verschaffen van al diegenen aan wie zij te eniger tijd goederen onder de in alinea 1 van dit petitum genoemde, aan haar - Pfizer - toekomende merken mochten hebben geleverd, met opgave van de tijdstippen van levering en de geleverde hoeveelheden ;
3. Meditec en Van den Broek te bevelen om uiterlijk één week na de verzending van de in alinea 2 van dit petitum gevorderde lijst, de op die lijst voorkomende afnemers schriftelijk te berichten, dat zich onder de leveranties van Meditec waren hebben bevonden, waarop de merken van haar - Pfizer - niet door of vanwege haar waren aangebracht ;
4. Meditec en Van den Broek te bevelen om binnen acht dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan haar - Pfizer - een volledige opgave te verschaffen van al degenen van wie zij te eniger tijd veevoeder, veevoederbestanddelen of veevoederadditieven hebben betrokken onder de in alinea 1 van het petitum opgesomde merken van haar - Pfizer - of onder één van die merken, met opgave van de tijdstippen van de betreffende leveranties en van de geleverde hoeveelheden ;
5. Meditec en Van den Broek te veroordelen om ieder afzonderlijk ten gunste van haar - Pfizer - een dwangsom te betalen voor iedere overtreding, door de desbetreffende veroordeelde ten aanzien van de hogergevorderde ge- en verboden te begaan, en wel :
  - a) voor iedere schriftelijke uiting van Meditec en Van den Broek, dan wel voor iedere kilogram product, ten aanzien waarvan het hoger onder 1 geformuleerde verbod zou worden overtreden : de som van fl 10.000,- ;
  - b) voor iedere dag, of gedeelte van een dag, dat Meditec en Van den Broek of een hunner met de naleving van sub 2 tot en met 4 gevorderde geboden nalatig mochten zijn : de som van fl 10.000,-.

In haar tweede vraag verzoekt de rechtbank te 's-Hertogenbosch het Benelux-Gerechtshof te beslissen of de sub 1 tot en met 5 hierboven weergegeven vorderingen al dan niet op artikel 13 BMW kunnen steunen dan wel of deze bepaling van de eenvormige wet dienaangaande geen enkel richtsnoer bevat.

Zoals ik naar aanleiding van de eerste vraag in herinnering heb gebracht, kan het Hof zich niet in de plaats van de nationale rechter stellen om een bepaald geval in concreto op te lossen.

Bij de beantwoording van onjuist geformuleerde vragen die vraagpunten inhouden over de toepassing van het recht, behoeft het Hof zich niet strikt te houden aan de bewoording van de vragen. Het zal trachten de nationale rechter een nuttig antwoord te geven en hem de meest passende gegevens te verschaffen om een oplossing te vinden voor het geschil dat hem is voorgelegd. (Contentieux Communautaire, door Vandersanden en Baran, blz. 81, procédure préjudicielle ; Conclusie van de Heer J.P. Warner, Advocaat-Generaal, in de zaak EMI Records/CBS United Kingdom, Jurisprudentie van het Hof van de Europese Gemeenschappen, 1976-5, blz. 855).

Het wil mij voorkomen dat de tweede vraag kan worden aangevuld met de overwegingen van de beslissing van de rechtbank te 's-Hertogenbosch, waaruit blijkt dat het voor de rechtbank gerezen probleem ligt in het bepalen van de maatstaf waaraan het in artikel 13, sub A aanhef BMW bedoelde recht van verzet van de houder van het merk, moet worden getoetst.

De vraag is niet in die bewoordingen gesteld.

Was dat wel het geval geweest, dan zou het Hof geen theoretisch antwoord kunnen geven. Het Hof zou zijn antwoord moeten formuleren door een maatstaf uit te werken waarbij rekening wordt gehouden met de feiten die ter kennis van het Hof werden gebracht en die aan het geschil ten grondslag liggen.

Wanneer men het recht tot verzet van de merkhouders onderzoekt, stelt men vast dat de opstellers van de BMW dit recht niet nader hebben omschreven.

In de literatuur over het merkenrecht is kennelijk weinig aandacht geschonken aan het recht van verzet. Slechts naar aanleiding van gevallen van misbruik, heeft een enkele auteur gesteld dat een "verbod van het gebruik" het enige doeltreffende middel zou zijn om misbruik te doen beëindigen. (La protection des marques de haute renommée dans le droit interne des pays de la C.E.E. door L. v. Bunnin, blz. 211 ; Belgisch rapport voor het VII Internationaal Congres van vergelijkend recht, 1966, Universitair Centrum voor vergelijkend recht, Brussel).

Ik deel zijn mening en ben van oordeel dat het recht van verzet van de merkhouder, als bedoeld in artikel 13, sub A aanhef BMW, slechts doeltreffend kan zijn indien dit het verbod inhoudt van het niet door de wet toegelaten gebruik alsmede het opleggen van alle ter eerbiediging van dat verbod nodige maatregelen.

Het vaststellen van de specifieke maatregelen welke in iedere casuspositie moeten worden bevolen, is de taak van de nationale rechter, die met het oog daarop artikel 13 BMW met de bepalingen van zijn nationale wetgeving zal dienen aan te vullen.

Het antwoord van het Hof op de tweede vraag zal m.i. moeten luiden dat het in artikel 13, sub A aanhef BMW, bedoelde recht van verzet van de merkhouder het verbod inhoudt van een niet met de BMW overeenstemmend gebruik, alsmede het opleggen van alle ter eerbiediging van dat verbod nodige maatregelen.

-----

Wat de derde vraag betreft :

Voor deze vraag gelden dezelfde opmerkingen als voor de voorgaande.

Het Benelux-Hof kan het geschil niet beslechten en zich niet in de plaats van de rechtbank te 's-Hertogenbosch stellen.

Beslissen of de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Meditec B.V. dan wel Van den Broek, de directeur, voor de merkinbreuk aansprakelijk is - aangenomen dat deze is komen vast te staan - overschrijdt de bevoegdheid van het Hof.



Om een nuttig antwoord op de vraag te kunnen verschaffen, is het noodzakelijk te trachten de bedoeling ervan te onderkennen door middel van de overwegingen van de rechtbank. Daaruit blijkt dat de rechtbank zich heeft afgevraagd welke de betekenis is van de term "gebruik" in het verband van artikel 13, sub A aanhef sub 1 en 2 BMW.

Volgens de aan het Hof gegeven uiteenzetting van de feiten, heeft de rechtbank aangenomen dat noch Meditec, noch Van den Broek hebben betwist de in het geding zijnde merken te hebben gebruikt.

De moeilijkheid lijkt niet bij de maatstaf voor het "gebruik" te liggen ; de derde vraag maakt hiervan zelfs geen gewag. De vraag schijnt te moeten worden toegepitst op het punt van de aansprakelijkheid van de vennootschap zelf en/of haar directeur.

Het antwoord hierop dient te worden gezocht in de nationale wetgeving van de rechtbank, waar het bodemgeschil aanhangig is.

Op de derde vraag zal het Hof m.i. moeten antwoorden dat artikel 13 BMW geen richtsnoer voor het antwoord bevat.

Luxemburg, 15 mei 1979.