

PARKET

PARQUET

JL

B E N E L U X - G E R E C H T S H O F

CONCLUSIE

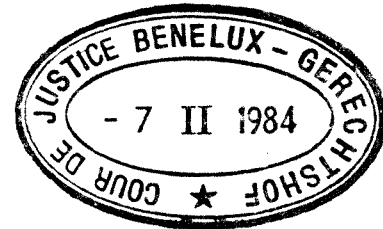
van de Advocaat-Generaal Mr. W.J.M. Berger

inzake

I. Drs. NIJS c.s. / GIBA-GEIGY A.G. (A 82/2)

en

II. HAACLANDEN U.A. / GIST-BROCADES N.V. (A 82/3).



A82/2/11
+
A82/3/10

1. In deze beide zaken veroorloof ik mij één conclusie te nemen, omdat de aan Uw Hof door het Gerechtshof te 's-Gravenhage voorgelegde vragen in beide zaken geheel gelijkkluidend zijn en de in de beide arresten d.d. 28 april 1982 van laatstbedoeld Hof gegeven omschrijving van de feiten, waarop de door Uw Hof te geven wetsuitleg moet worden toegepast een identieke merkenrechtelijke problematiek tot grondslag hebben.

Overigens lijkt het mij tot goed begrip van de hier aan de orde zijnde problematiek en het navolgende betoog ter beantwoording van de gestelde vragen aangewezen de door het Gerechtshof vastgestelde feitencomplexen woordelijk op te nemen.

2. In de zaak A 82/2:

"a. Ciba-Geigy is in de Benelux rechthebbende op het merk Tanderil voor geneesmiddelen. Ciba-Geigy verhandelt onder dat merk een dragée waarvan de werkzame stof de generieke benaming oxyfenbutazon draagt. Oxyfenbutazon is slechts op recept van een arts verkrijgbaar bij een apotheek.

b. Dokter Nijs geeft aan of voor patiënten recepten af waarop hij vermeld: "R/Tanderil of gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst" of "R/Tanderil, met machtiging om een gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst af te leveren".

c. De "geaccordeerde lijst", bedoeld in het recept, is een "Lijst van identieke en soortgelijke middelen", voorkomend in een boekje getiteld "Voorlichting prijzen geneesmiddelen", uitgegeven door de Commissie Voorlichting Prijzen Geneesmiddelen (...). Op bladzijde 98 wordt als "chemisch identiek" (...) aan Tanderil dragées vermeld: "Oxyfenbutazon dragées".

d. Tenzij de patiënt aan apotheker Jansen bepaaldelijk te kennen geeft Tanderil te wensen, levert apotheker Jansen in ieder geval zolang Tanderil duurder is dan de in het recept bedoelde "gelijkwaardige" middelen, op voornoemd recept zodanig middel af, dat meestal merkloos is, soms een ander merk dan Tanderil heeft.

e. Tanderil is duurder dan andere middelen als in het recept bedoeld.

f. Dokter Nijs is praktiserend arts. Hij is van het onder d en e gestelde op de hoogte: het is zijn bedoeling dat het goedkoopste middel wordt afgeleverd. Hij heeft daarbij geen financieel voordeel.

g. Uit het onder f gestelde trekt het hof de feitelijke conclusie en het stelt dus feitelijk vast dat dokter Nijs in zijn onder b genoemde recepten het merk Tanderil vermeldt in de eerste plaats ter aanduiding van niet van Ciba-Geigy afkomstige geneesmiddelen.

h. Apotheker Jansen bezigt bij de aflevering op zodanige recepten van niet van Ciba-Geigy afkomstige geneesmiddelen het woord Tanderil niet uitdrukkelijk, schriftelijk of mondeling.

i. Een niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten en hun verzorgers (bijvoorbeeld ouders) stelt er belang in te weten welk geneesmiddel aan hen (of door hen verzorgden, bijvoorbeeld hun kinderen) wordt voorgeschreven. Bij dat deel blijft na lezing van een recept van dokter Nijs het woord Tanderil in de herinnering. Bij aflevering van merkloos oxyfenbutazon zullen mitsdien dergelijke patiënten en/of verzorgers menen dat aan hen Tanderil wordt afgeleverd."

3. In de zaak A 82/3:

"a. Gist-Brocades is rechthebbende op het merk Cyclospasmol voor dragées en capsules bevattende een geneesmiddel waarvan de werkzame stof cyclandelat is. Zij is voorts rechthebbende op het merk Disipal voor dragées bevattende een geneesmiddel waarvan de werkzame stof orphenadrine HC1 is. Geneesmiddelen welke die werkzame stoffen bevatten zijn slechts op recept van een arts verkrijgbaar bij een apotheek.

b. Dokter Hali geeft aan of voor patiënten recepten af waarop staat vermeld: "R/Cyclospasmol" c.q. "Disipal", volgt vermelding van de gewenste sterkte en aantal, terwijl op het recept tevens staat voorgedrukt: "geen bezwaar tegen het afleveren van een loco-preparaat".

c. Tenzij de patiënt aan apotheker Van Teteringen te kennen geeft bepaaldelijk Cyclospasmol, c.q. Disipal, te wensen, levert apotheker Van Teteringen in ieder geval zolang Cyclospasmol, c.q.

Disipal, duurder is dan een loco-preparaat als in het recept bedoeld, dat loco-preparaat af, dat meestal merkloos is, soms een ander merk dan Cyclospasmol, c.q. Disipal, heeft. Dat loco-preparaat bevat als werkzaam bestanddeel cyclandelat c.q. orphenadrine HCl.

d. Cyclospasmol en Disipal zijn duurder dan (de meeste) loco-preparaten.

e. Dokter Hali is praktiserend huisarts. Hij is van het onder c en d gestelde op de hoogte; het is zijn bedoeling dat het goedkoopste geneesmiddel wordt afgeleverd. Hij heeft daarbij geen financieel voordeel.

f. Uit het onder e gestelde trekt het hof de feitelijke conclusie en stelt dus feitelijk vast dat dokter Hali in zijn onder b genoemde recepten het merk Cyclospasmol, c.q. Disipal, vermeldt in de eerste plaats ter aanduiding van niet van Gist-Brocades afkomstige geneesmiddelen.

g. Apotheker Van Teteringen bezigt bij de aflevering op zodanige recepten van niet van Gist-Brocades afkomstige geneesmiddelen het woord Cyclospasmol, c.q. Disipal, niet uitdrukkelijk, schriftelijk of mondeling.

h. Een niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten en hun verzorgers (bijvoorbeeld ouders) stelt er belang in te weten welk geneesmiddel aan hen of door hen verzorgden (bijvoorbeeld hun kinderen) wordt voorgeschreven. Bij dat deel blijft na lezing van een recept van dokter Hali het merk Cyclospasmol. c.q. Disipal, in herinnering. Bij aflevering van een merkloos geneesmiddel op een recept als de onderhavige zullen mitsdien dergelijke patiënten en/of verzorgers menen dat aan hen Cyclospasmol. c.q.

Disipal, wordt afgeleverd."

4. Aan de hiervoren weergegeven feiten-complexen wil ik volledigheidshalve nog toevoegen, dat het Gerechtshof in zijn uitvoeriger gemotiveerd arrest in de zaak A/2 (Ciba-Geigy) in r.o. 11 heeft opgemerkt:

"Bij het formuleren van de hieronderstaande vraag IV gaat het hof ervan uit dat, indien moet worden aangenomen dat apotheker Jansen het merk Tanderil "gebruikt", dit gebruik er uitsluitend een kan zijn in de zin van artikel 13-A-1 van de Benelux-Merkenwet. Zijn, eventuele, gebruik betreft immers verkoop en aflevering door hem van zijn handelswaar (soortgelijk aan die ten aanzien waarvan Ciba-Geigy rechthebbende is op het merk Tanderil)."

M.i. zal met deze overweging ook rekening moeten worden gehouden in de zaak A/3 (Gist-Brocades).

Hoewel Uw Hof de feiten heeft te aanvaarden, zoals deze door de nationale rechter zijn verwoord, wil ik niet verhehlen, dat deze rechter in de onderhavige zaken in de feiten-complexen een ondertoon heeft doen doorklinken, die op een bevestigend antwoord van de gestelde vragen preludeert. Hier heb ik met name het oog op het gestelde omtrent het postvatten van een mening met betrekking tot de litigieuze merkartikelen bij "een niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten en hun verzorgers" een bij vaststelling van merkmisbruik wel meer gehanteerde maatstaf, die, naar het mij voorkomt, in de onderhavige zaak geen rol van betekenis vermagine te spelen, reeds omdat dezelve eerst in aanmerking kan worden genomen, indien merkgebruik in de zin der wet is vastgesteld. Dat nu

is juist de vraag in de onderhavige procedures.

5. De te beantwoorden vragen in de beide procedures betreffen de uitleg van art. 13 A van de Eenvormige Benelux-wet op de Warenmerken (BMW), waarvan ik het hier relevante gedeelte laat volgen:

"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."

6. VRAAG I.

"Als een praktiserend arts - huisarts of specialist - een recept voor een geneesmiddel afgeeft aan een patiënt voor welke verrichting de arts honorarium ontvangt met welk recept de patiënt zich begeeft naar een apotheker die tegen betaling het geneesmiddel aan de patiënt aflevert, en als dat geneesmiddel op het recept wordt aangeduidt met een merk, "gebruikt" dan die arts het merk "voor waren", een en ander in de zin van artikel 13-A-1 van genoemde wet ?".

Vooropgesteld zij, dat deze vraagstelling niet geheel in overeenstemming is met de realiteit. Weliswaar heeft Uw Hof de

vraag te aanvaarden, zoals zij in feite is gesteld, maar ik mag, naar het mij voorkomt, niet nalaten een oneffenheid in de vraagstelling te signaleren. Wat is immers het gebeuren bij en om het afgeven van een recept door een arts aan een patiënt, die, naar moet worden aangenomen, hem consulteert in verband met een niet of niet normaal functioneren van zijn lichaam en deszelfs organen? De patiënt heeft dan (ik beperkt mij hier tot de meest normale gang van zaken) een onderhoud met een arts (huisarts of specialist), die hem zal onderzoeken, zijn diagnose zal stellen en, zo nodig en/of mogelijk, een medicatie zal voorschrijven. Deze laatste verrichting zal haar neerslag vinden in een recept, zijnde: een "schriftelijke aanwijzing nopens de bereiding of de aflevering van een geneesmiddel, afgegeven door een geneeskundige, een tandarts of een vroedvrouw ten behoeve van een of meer met name genoemde dan wel met cijfers of letters aangeduide personen" (art. 1, eerste lid, aanhef en sub 1 van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, S. & J. no. 129-I -1981-). Volledigheidshalve voeg ik hier nog aan toe, hetgeen in die wet wordt verstaan onder geneesmiddel:

"substantie of samenstelling van substanties, welke is bestemd om te worden gebruikt of op enigerlei wijze wordt aangeduid of aanbevolen als zijnde geschikt voor:

- 1^o. het genezen, lenigen of voorkomen van enige aandoening, ziekte, ziekteverschijnsel, pijn, verwonding of gebrek bij de mens,
- 2^o. het herstellen, verbeteren of wijzigen van het functioneren van organen bij de mens,
- 3^o. het stellen van een medische diagnose door toediening aan of aanwending bij de mens." (zie: voormeld wetsartikel sub e).

Ik meen ervan te mogen uitgaan, dat de Belgische en Luxemburgse wetgeving te dezen geen essentiële verschillen vertonen.

Uit het vorenstaande valt af te leiden, dat het onjuist lijkt te stellen, dat de praktiserende arts zijn honorarium ontvangt voor de afgifte van een recept voor een geneesmiddel aan een patiënt. Het honorarium ontvangt de arts voor het consult, van welke verrichting het uitschrijven van een recept voor een geneesmiddel veelal het sluitstuk pleegt te vormen. Ik ben hier daarom dieper op ingegaan, omdat in de vraag de suggestie wordt gewekt, dat de arts voor de afgifte van een recept wordt betaald. Daarmede zou deze verrichting (de afgifte van een recept) als een commerciële kunnen worden geïgnd, hetgeen zij, gezien in de uitoefening van het geneeskundig bedrijf, op zichzelf bepaaldelijk niet is.

7. Na deze poging "het recept" zijn juiste plaats te geven in de verrichtingen van de arts ten aanzien van zijn patiënt wil ik nog even verwijlen bij inhoud en functie van dit de kern van de onderhavige zaken uitmakend geschrift.

Zoals hoger reeds opgemerkt houdt het recept in een aanwijzing nopens de bereiding of de aflevering van een geneesmiddel. Blijkens de desbetreffende wettelijke bepalingen (die ik hier niet nominatim zal vermelden) zijn in de Benelux-landen vele geneesmiddelen uitsluitend verkrijgbaar bij officieel erkende apothekers, die alleen dan tot afgifte van die geneesmiddelen mogen overgaan, wanneer de betrokken patiënt een door een - tot de uitoefening van de geneeskunde toegelaten - arts afgegeven

en dat geneesmiddel houdend recept aan de apotheker kan overleggen. De apotheker is gehouden het geneesmiddel strikt volgens de in het recept gegeven beschrijving (te bereiden en) af te leveren.

Hieruit volgt, dat het recept een dubbele functie vervult.

Enerzijds houdt het voor de patiënt het advies in met betrekking tot het voor hem aangewezen geneesmiddel en geeft het hem recht op afgifte van dat geneesmiddel, anderzijds verleent het aan de apotheker machtiging en verplichting tot die afgifte. Hierbij zij aangetekend, dat het dus niet de arts is, die de apotheker opdracht geeft tot afgifte van het geneesmiddel aan de patiënt, maar dat de patiënt zulks zelf doet onder overlegging van het recept. Immers het staat de patiënt vrij de voorgeschreven medicatie van de arts al dan niet te volgen. Het is dus uiteindelijk de patiënt die de aflevering vraagt en die dus het geneesmiddel koopt.

8. Onder 6. heb ik bereids onderstreept, dat de verrichting van een arts bestaande in de afgifte van een recept voor een geneesmiddel op zich zelf geen commercieel karakter heeft, terwijl uit het onder 7. gestelde volgt, dat de verhandeling van het geneesmiddel zich voltrekt tussen de apotheker en de patiënt. Maar dan kan m.i. ook niet worden gezegd, dat de arts die het betreffend geneesmiddel op het recept aanduidt met een merk, dat merk "gebruikt voor waren" als bedoeld in art. 13-A-1 BMW. Dienovereenkomstig zal de eerste vraag ontkennend moeten worden beantwoord.

9. Voor een onthennend antwoord op de eerste vraag kan, naar

mijn mening, alleszins steun worden gevonden in twee arresten van Uw Hof, waarin Uw Hof het begrip "gebruik" in artikel 13-A heeft omschreven.

In de eerste plaats moge ik hier verwijzen naar het arrest van 29 juni 1982 (Hagens/Niemeyer, A 81/5, Jurisprudentie 1981-1982, bldz. 40). Uit de samenvatting van dit arrest moge ik citeren:

"Onder gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken voor de waren waarvoor het merk is ingeschreven of voor soortgelijke waren, waartegen de merkhouder zich luidens artikel 13 A, 1^o en 2^o van de eenvormige wet kan verzetten, moet worden verstaan het zich van dat merk of teken bedienen met betrekking tot en ter bevordering van de afzet van zijn eigen handelswaren of diensten, dan wel ter aanduiding van de eigen onderneming; daaruit volgt dat zich niet schuldig maakt aan zodanig gebruik een ondernemer die er zich toe beperkt de van een merk voorziene waren van een afzender in ontvangst te nemen, te vervoeren en af te leveren bij de geadresseerde, zelfs indien hij weet dat door een rechter aan de afzender een verbod is opgelegd tot levering van genoemde waren aan detaillisten: daarbij maakt het geen verschil of het vervoer in opdracht van de geadresseerde dan wel van de afzender plaatsheeft."

In de tweede plaats is hier van belang - zij het meer in het bijzonder met betrekking tot vraag II - het arrest van Uw Hof van 2 februari 1983 (Research/Chrompack, A 82/1, NJ 1983, 450 - m.n. L.W.H. - B.I.E. 1984, bldz. 18), waarin voor recht is verklaard:

"Degene die zich van een anders merk bedient door in een publikatie,

ter bevordering van de afzet van zijn eigen waar, aan te geven dat bij het vervaardigen van die waar gebruik is gemaakt van onder dat merk in het economisch verkeer gebracht materiaal, maakt van het merk gebruik in dat verkeer, in de zin van artikel 13, A, 2, van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken."

10. Wanneer men nu met Van Nieuwenhoven Helbach ('Nederlands handels- en faillissementsrecht' II Industriële eigendom en mededingingsrecht -1983- no. 742) de door Uw Hof gegeven interpretatie van "gebruik" in art. 13-A aldus ontleedt, dat daaronder in art. 13-A-1 moet worden verstaan: het zich bedienen van een merk of teken met betrekking tot de eigen (handels- of fabrieks-)waren en in art. 13-A-2: het zich bedienen van dat merk of teken ter bevordering van de afzet van de eigen waren of diensten, zal het zonder meer duidelijk zijn, dat een arts, die een geneesmiddel op een recept aanduidt met een merk, zich niet van dat merk bedient met betrekking tot eigen (handels- of fabrieks-)waren en hetzelfde dus niet gebruikt in de zin van art. 13-A-1. Tegen de achtergrond van voormelde arresten (waaraan ik nog kan toevoegen het arrest van 27 januari 1981 (Turmac/Reynolds, A 80/1, Jurisprudentie 1980-1981, bldz. 23 ter zake van "enig normaal gebruik" in de zin van art. 5-3 BMW) lijkt mij voormelde conclusie juist, omdat in die arresten duidelijk ligt besloten, dat Uw Hof de bepalingen van de BMW en met name art. 13 gezien heeft als regelend het mededingingsrecht en in het bijzonder het merkenrecht in de concurrentiestrijd. Welnu daar staat de arts en de inhoud van zijn receptuur geheel buiten.

Weliswaar vervult de arts bij de distributie van merkgeneesmiddelen in het handelsverkeer een primaire rol, maar dit kan hem

niet maken tot gebruiker van een merk in de zin als in vraag I bedoeld. Te dezen kan, naar het mij voorkomt, een vergelijking worden getrokken met de "bloot vervoerder" in het eerder genoemde arrest. In mijn daaraan voorafgaande conclusie heb ik betoogd, dat de vervoerder bij de verhandeling van de Jacobskoffie dat merk gebruikte, omdat dat merk bepalend was voor zijn vervoer en afleveringshandelingen en dat die vervoerder zich aldus van het merk bediende in de zin van art. 13-A. Het Hof heeft deze opvatting op niet mis te verstane wijze van de hand gewezen.

Baumbach-Hefermehl ("Warenzeichenrecht" -1979- bldz. 559, 19 C) doet het "Gebrauch in Ärztlichen Verordnungen" af met de opmerking:

"Ein zeichenmäßiger Gebrauch liegt nicht vor, weil das Zeichen nicht dazu dient, das Medikament im geschäftlichen Verkehr seiner Herkunft nach unterscheidbar zu machen."

11. Teruggrijpend op de functie van het recept wil ik aan het vorenstaande nog het volgende toevoegen. Zoals gezegd is het recept enerzijds een - bij de wet vereiste - machtiging aan de apotheker om aan de in dat recept aangeduide persoon het daarin omschreven geneesmiddel af te leveren, anderzijds is het een op schrift gesteld advies aan de patiënt om dat geneesmiddel ter opheffing van zijn kwalen overeenkomstig het hem gegeven voorschrift te bezigen. De arts, die in het recept het door hem aanbevolen geneesmiddel omschrijft met een - hem bekende - merknaam (waaronder dat geneesmiddel in de handel gebracht is) zal het veelal - zij het niet in alle gevallen - onverschillig zijn of de patiënt het geneesmiddel via de apotheker van de merkhouder

betreft dan wel dat hem de in het geneesmiddel vervatte werkzame stof(fen) wordt (worden) afgegeven zonder vermelding van een merk of als zg. magistraal bereid geneesmiddel, d.w.z. dat het de vorenbedoelde werkzame stof(fen) bevattende geneesmiddel door de apotheker zelf wordt of is bereid. Om nu deze bedoeling van de arts tot uitdrukking te brengen is het in de medische wereld gebruikelijk op het recept aan de merknaam "loco" te doen voorafgaan dan wel een der formuleringen te gebruiken die het Gerechtshof in zijn feiten heeft vermeld.

Dit nu brengt niet mede dat de arts het merk gebruikt in de zin van art. 13-A-1, omdat dit gebruik, zoals gezegd, geen betrekking heeft op eigen (handels- of fabrieks-)waren, maar slechts als alternatief naast het merkgeneesmiddel stelt de daarin vervatte werkzame stof(fen). De samenstelling van alle merkgeneesmiddelen is bekend (ingevolge daartoe strekkende wettelijke voorschriften). Behoudens in geval van octrooi, dat in deze procedures niet aan de orde is, staat het de apotheker vrij een merkgeneesmiddel na te maken en hetzelfde merkloos of onder een ander merk te verhandelen.

Kort gezegd: (in de zaak 82/2) Giba-Geigy heeft als merkhoudster van "Tanderil" geen monopolie op de verhandeling van "Oxyfenbutazon";

(in de zaak 82/3) Gist-Brocades heeft als merkhoudster van "Cyclospasmol" en "Disipal" geen monopolie op de verhandeling van respectievelijk "cyclandelat" en "orphenadrine HC1".

(Zie de noot van Meijers onder na te noemen "protargol-arrest").

In dit verband zij het mij vergund te verwijzen naar Kh. Brussel (Voorz.), 15 november 1982 (R.W. 1983, bldz. 718),

waarin geoorloofd is geacht een advertentie in een vaktijdschrift onder de titel:

"Nieuw voor magistrale bereidingen: Dipyridamole Delta",

in welke advertentie onderaan in kleine letters te lezen was:

"Merknaam: Dipyridamole Persantin 12 Boehringer Ing. (specialiteit)".

Zie ook de noot onder deze uitspraak.

12. VRAAG II.

"Indien vraag I ontkennend wordt beantwoord: "gebruikt" de arts dan het merk in de zin van art. 13-A-2 van genoemde wet ?"

Aan de hand van het hiervoren geciteerde arrest Hagens/Niemeyer is een ontkennende beantwoording van ook deze vraag aangewezen. Immers een arts een recept uitschrijvend en daarin een geneesmiddel met een merk aanduidend, kan niet gezegd worden zich van dat merk of teken te bedienen met betrekking tot en ter bevordering van de afzet van de eigen handelswaaren of diensten. De inhoud van het recept is, hoezeer ook voor de farmaceutische industrie van commercieel belang, merkenrechtelijk irrelevant.

Het lijkt mij goed er in dit verband bovendien op te wijzen, dat de inhoud van een recept, als hier bedoeld, valt onder het beroepsgeheim van de arts en de apotheker.

"Zij mogen dan ook aan niemand een recept ter inzage geven of een afschrift daarvan verstrekken, noch op andere wijze de inhoud bekend maken, behalve aan:

- a. degene die het voorschreef;
- b. de patiënt of diens wettelijke vertegenwoordiger;
- c. de behandelende geneesheer;

d. de opsporingsambtenaren en de inspecteur van de volksgezondheid, belast met het toezicht op de artsenijsbereidkunst en de geneesmiddelenvoorziening;

e. een apotheker of een apotheekhoudend geneeskundige ter bereiding en/of ter aflevering." (Merkus 'Het voorschrijven van geneesmiddelen' -1979- bldz. 301).

De farmaceutische industrie (c.q. handel) kan dus geen weet hebben van de inhoud der recepten, laat staan dat zij langs de BMW een bepalende invloed op de inhoud daarvan zou kunnen uitoefenen.

13. VRAAG III.

"Indien vraag II bevestigend wordt beantwoord: gebruikt de arts het merk dan "in het economische verkeer" in de zin van genoemd art. 13-A-2 ?"

In mijn visie met betrekking tot vraag I en II komt de beantwoording van deze vraag niet meer aan de orde.

Ik wil er toch nog een korte opmerking aan wijden. De arts een recept uitschrijvend en daarin een merk bezigend gebruikt dat merk niet "in het economisch verkeer". Lijkt de Nederlandse tekst van art. 13-A-2 met zijn bewoordingen "in het economisch verkeer" tot twijfel aanleiding te kunnen geven, de Franse tekst, waar wordt gesproken van "dans la vie des affaires", is, naar het mij voorkomt, te dezen volkomen duidelijk: bedoeld is het zakenleven, de handel. Daarmee wordt deze bepaling van het merkenrecht haar maatschappelijke plaats gewezen: de handel en met name in casu de concurrentiestrijd, de mededinging in het handelsverkeer. Welnu m.i. kan niet worden volgehouden, dat een

arts aan een patiënt een recept voor een geneesmiddel afgevend, waarbij hij dat geneesmiddel met een merknaam aanduidt, aldus zich van het merk bedient als zakenman in het handelsverkeer. Zoals gezegd: het recept is een op schrift gesteld advies aan de patiënt om zich een bepaald of (in casu) een daaraan gelijkwaardig geneesmiddel te (kunnen) verschaffen. Dat heeft alles met de uitoefening van de geneeskunde, doch niets met het handelsverkeer te maken.

14. VRAAG IV.

"Als een apotheker op een recept als in overweging 2 onder b beschreven aan de patiënt aflevert een geneesmiddel dat niet afkomstig is van de houdster van het op het recept vermelde merk, terwijl de koper (de patiënt) tengevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept, doch niet door enige mededeling van of namens de apotheker, in de mening verkeert het merkgeneesmiddel te ontvangen, zonder dat de patiënt die mening kenbaar maakt, "gebruikt" dan de apotheker voor zijn door hem aan de patiënt afgeleverde waar het merk, in de zin van artikel 13-A-1 van meergenoemde wet ?."

Bij de beantwoording van deze vraag moet ik nog eens ingaan op de functie en de rol, die het recept in dit stadium van het medisch gebeuren speelt. Zoals gezegd, de arts legt zijn advies aan de patiënt met betrekking tot het door hem te gebruiken geneesmiddel schriftelijk vast in het recept, met welk recept de patiënt, indien hij de voorgeschreven medicatie metterdaad wil volgen (het zij herhaald: de beslissing te dezen is bij de patiënt), zich dient te begeven naaraan apothek teneinde onder

overlegging van het recept de aflevering te verkrijgen van het geneesmiddel, hetwelk in het recept is omschreven. Het recept bevat dus de op het advies van de arts door de patiënt aan de apotheker te geven bestelling met betrekking tot de aflevering van het geneesmiddel, dat de patiënt van node heeft. Welnu, in de onderhavige zaken houdt die bestelling het geneesmiddel in, primair benoemd met het merk, waaronder het door of vanwege de merkhoudster in het handelsverkeer is gebracht met daarnevens de aantekening dat aan de bestelling ook kan worden voldaan door afgifte van een gelijkwaardig geneesmiddel (d.w.z. van een geneesmiddel houdende dezelfde werkzame stof(fen) als het merk geneesmiddel al dan niet onder een merk in de handel zijnde). Wanneer nu de apotheker uitsluitend de alternatieve bestelling nakomt zonder in woord of geschrift tot uitdrukking te brengen dat hij het primair genoemde merkgeneesmiddel aflevert dan "gebruikt", naar het mij voorkomt, de apotheker het merk van laatstbedoeld geneesmiddel niet in de zin van art. 13-A-1. Weliswaar moet de apotheker kennis nemen van het merk om de gelijkwaardigheid van het door hem af te leveren alternatief te kunnen onderkennen, maar wanneer hij dit merk op geen enkele wijze tot uitdrukking brengt met betrekking tot de door hem afgeleverde waar dan is van een gebruik van het merk als vorenbedoeld geen sprake. Dit zou alleen dan anders zijn, wanneer de patiënt-koper met zoveel woorden de apotheker had doen weten dat hij niet het alternatief (het "loco") maar het merk geneesmiddel wilde hebben, want dan immers zou de apotheker het merk gebruiken met betrekking tot zijn eigen - soortgelijke - waar, althans met betrekking tot niet van de merkhoudster afkomstige waar.

Niet van belang lijkt mij, dat bij een niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten na lezing van een recept als in de onderhavige zaken aan de orde de merknaam van het geneesmiddel in de herinnering blijft en dat zij bij aflevering van een merkloos geneesmiddel zullen menen dat hen het merkgeneesmiddel is afgeleverd. Zij hebben in casu een dergelijk misverstand geheel aan zichzelf te wijten, omdat zij in de eerste plaats kennelijk het recept niet goed hebben gelezen (zo zij de merknaam al hebben kunnen ontcijferen, de toevoeging over het hoofd hebben gezien) en in de tweede plaats geen acht hebben geslagen op de vermelding op het afgeleverde product.

Tenslotte zij nog aandacht besteed aan het met name in verband met vraag IV vermelde (reeds eerder genoemde) "protargol-arrest" (HR 10 januari 1936 NJ 1936, 79, met noot van Meijers). Ik geloof niet, dat deze - door Meijers in zijn noot uitvoerig bestreden - beslissing aan een ontkennende beantwoording van de vraag in de weg staat.

De Hoge Raad heeft o.m. overwogen:

"dat de wettelijke bescherming van het woordmerk "protargol" van de Farbenindustrie voor zilverproteïne medebrenge, dat geen handelaar hier te lande zilverproteïne, die niet afkomstig is van de Farbenindustrie, mag afleveren onder den naam protargol, ook al mocht bij het publiek het besef verloren zijn gegaan, dat dit woord een merk is en dus duidt op herkomst van de waar van zekeren handelaar of fabrikant, en al mocht dus het publiek gewoon geworden zijn om zilverproteïne, onafhankelijk van haar herkomst, protargol te noemen;

dat onder afleveren onder dien naam ook valt de aflevering

van zilverproteïne door de apotheker op een recept, dat protargol voorschrijft, tenzij hij daarbij te kennen geeft iets anders dan protargol te leveren;

dat dus Krusse door op een recept, dat een oplossing van protargol voorschreef, een oplossing af te leveren van zilverproteïne, die niet van de Farbenindustrie afkomstig was, zonder dat hij daarbij te kennen gaf geen protargol af te leveren, inbreuk heeft gemaakt op het recht van de Farbenindustrie, waaraan niet afdoet, dat hij zelf het woord protargol toen noch uitgesproken noch in schrift gesteld heeft."

Aan dit arrest kan voor de onderhavige casus geen gevolgtrekking worden ontleend, omdat uitsluitend protargol was voorgeschreven en derhalve de patiënt-koper met overlegging van het recept uitdrukkelijk zilverproteïne onder het merk protargol bedoelde afgeleverd te krijgen.

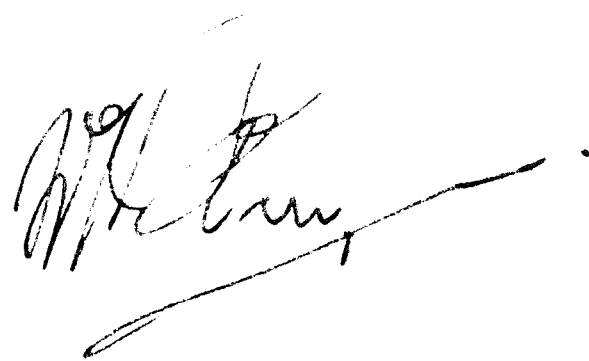
Opmerking verdient wel, dat ook in de - volgens Meijers te beperkte - visie van de Hoge Raad een eenvoudige mededeling van de zijde van de apotheker de rechten van de merkhouder ter zijde kan stellen. Opmerking verdient evenzeer, dat volgens Meijers in zijn noot eenzelfde effect kan worden bereikt, wanneer de geneeskundigen de letter l (=loco) voor de merknaam plaatsen.

15. Als slotopmerking nog het volgende. Uit het vorenstaande volgt, dat, naar mijn mening, aan de huidige praktijk met betrekking tot de geneeskundige receptuur en de verhandeling van geneesmiddelen door apothekers op grond van de bepalingen van de BMW geen belemmering in de weg kan worden gelegd. Mij lijkt het evenwel aanbevelenswaardig, indien tegenover de patiënt in het algemeen

te dezen meer openheid wordt betracht.

16. Mijn conclusie strekt tot een ontkennende beantwoording van de vragen I, II, en IV, terwijl aan vraag III aldus de grondslag is komen te ontvallen.

Brussel 6 februari 1984
Den Haag

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. de K.' with a long horizontal flourish extending to the right.A small, handwritten mark or signature in the left margin, possibly 'v. d.' or similar.