

Hoge Raad, 10 juni 1983, Pfizer v Pharmon (doxycycline)

Vibramycin



OCTROOIRECHT

Rechtstreeks verkregen voortbrengsel werkwijze de uitsluitende rechten van de houder van een werkwijze-octrooi worden in art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet (ROW 1910) uitputtend omschreven en zijn wat voortbrengselen betreft beperkt tot die welke rechtstreeks door toepassing van de geoctrooieerde werkwijze zijn verkregen.

Vor zover onderdeel 1 zo moet worden begrepen dat het het tegendeel verdedigt en daartoe aanvoert dat ook inbreuk op een werkwijze-octrooi oplevert: het verhandelen van een voortbrengsel, dat weliswaar niet rechtstreeks is verkregen door toepassing van de geoctrooieerde werkwijze, maar dat 'langs chemische weg is verkregen uit een reactie waarvan de voornaamste, althans een (zeer) voorname component' een wel rechtstreeks door toepassing van die werkwijze verkregen voortbrengsel is, faalt het: de uitsluitende rechten van de houder van een werkwijze-octrooi worden in art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet (ROW) uitputtend omschreven en zijn wat voortbrengselen betreft beperkt tot die welke rechtstreeks door toepassing van de geoctrooieerde werkwijze zijn verkregen. Terecht heeft het Hof zijn onderzoek naar de inbreukvraag dan ook beperkt tot de vraag of doxycycline (in voormelde vooronderstelling) rechtstreeks wordt verkregen door een of meer van de ten name van Pfizer geoctrooieerde werkwijzen.

Buitenlandse toepassing werkwijze – negatieve reflexwerking Rijksoctrooiwet de octrooihouder is (enkel) gerechtigd zich te verzetten tegen import van produkten die 'rechtstreeks zijn verkregen door toepassing van die werkwijzen' in het buitenland.

(...) r.o. 3, waar het Hof heeft overwogen dat partijen in de eerste plaats beslist wensen te zien of het hier te lande door Pharmon verhandelen van doxycycline — voorondersteld dat dit (in Italië) is bereid op de wijze als door Pfizer gesteld — inbreuk oplevert op de door Pfizer aan haar vorderingen ten grondslag gelegde werkwijze-octrooien. (...)

Nu de wetgever de vraag onder ogen heeft gezien wanneer de houder van een werkwijze-octrooi zich moet kunnen verzetten tegen import uit het buitenland van produkten, die aldaar met toepassing van die werkwijze zijn vervaardigd, en daarop met afweging van alle betrokken belangen een antwoord heeft gegeven dat er op neerkomt dat de octrooihouder daartoe enkel gerechtigd zal zijn indien en voor zover zulke produkten 'recht-

streeks zijn verkregen door toepassing van die werkwijzen', is voor een aanvullende bescherming door het gemene recht op grond van de omstandigheden als in het onderdeel vermeld geen plaats

Vindplaatsen: NJ 1984, nr. 32, m.nt. Wichers Hoeth, BIE 1984, nr. 39, p. 127

Hoge Raad, 10 juni 1983

(Ras, Haardt, Martens, Van Den Blink, Verburgh)

(...)

Pfizer Inc., te New York, N.Y., Verenigde Staten van Amerika, eiseres tot cassatie, adv. Mr. E.A. van Nieuwenhoven Helbach,

tegen

1. Pharmon BV, te Rhoon, en

2. Jacobus Franc8ois van der Elst, te Rhoon, verweerders in cassatie, adv. Mr. S.L. Buruma.

(...)

1. Het geding in feitelijke instanties:

Pfizer heeft bij exploitatie van 14 jan. 1977 Pharmon en Van der Elst op verkorte termijn gedagvaard voor de Rechtbank Rotterdam. Pfizer stelde, dat Pharmon inbreuk maakte op Pfizer's octrooien 128.812 en 135.979 en dat Van der Elst, als directeur van Pharmon, derhalve onrechtmatig jegens Pfizer handelde. Pfizer vorderde deswege een verklaring voor recht, schadevergoeding, een verbod van verdere inbreuk en kostenveroordeling.

Pharmon en Van der Elst voerden verweer. Bij akteverzoek van 19 aug. 1977 vulde Pfizer haar eis aan, stellende dat ook haar octrooi 139.302 werd geschon- den.

Na voortgezet debat tussen partijen heeft de Rechtbank bij vonnis van 7 jan. 1980 aan Pfizer haar vorderingen ontzegd.

Tegen dat vonnis heeft Pfizer hoger beroep ingesteld bij het Hof's- Gravenhage.

Bij arrest van 25 november 1981 heeft het Hof het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie:

Tegen het arrest van het Hof heeft Pfizer beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Pharmon en Van der Elst hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen bepleit door hun advocaten.

De **conclusie van de Advocaat-Generaal Franx** strekt tot verwerping van het beroep.

3. Beoordeling van het middel:

3.1 **Onderdeel 1 van het middel keert zich tegen r.o. 5 waar het Hof voorop stelt dat 'de rechten van een houder van een octrooi voor een werkwijze waarmede een voortbrengsel (zoals een chemische stof) wordt verkregen, uitsluitend worden bepaald door art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet'.** Deze vooropstelling moet worden gelezen in direct verband met r.o. 3, waar het Hof heeft overwogen dat partijen in de eerste plaats beslist wensen te zien of het hier te lande door Pharmon verhandelen van doxycycline — voorondersteld dat dit

(in Italië) is bereid op de wijze als door Pfizer gesteld — inbreuk oplevert op de door Pfizer aan haar voor­deringen ten grondslag gelegde werkwijze-octrooien.

In dit verband is die voorop­stelling juist. Voor zover onderdeel 1 zo moet worden begrepen dat het het tegendeel verdedigt en daartoe aanvoert dat ook inbreuk op een werkwijze-octrooi oplevert: het verhandelen van een voortbrengsel, dat weliswaar niet rechtstreeks is verkregen door toepassing van de geoctrooieerde werkwijze, maar dat ‘langs chemische weg is verkregen uit een reactie waarvan de voornaamste, althans een (zeer) voorname component’ een wel rechtstreeks door toepassing van die werkwijze verkregen voortbrengsel is, faalt het: de uitsluitende rechten van de houder van een werkwijze-octrooi worden in art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet (ROW) uitputtend omschreven en zijn wat voortbrengselen betreft beperkt tot die welke rechtstreeks door toepassing van de geoctrooieerde werkwijze zijn verkregen. Terecht heeft het Hof zijn onderzoek naar de inbreukvraag dan ook beperkt tot de vraag of doxycycline (in voormelde vooronder­stelling) rechtstreeks wordt verkregen door een of meer van de ten name van Pfizer geoctrooieerde werkwijzen.

Voor zover het onderdeel ertoe strekt te betogen dat het Hof niet had mogen nalaten om nadat het de inbreukvraag ontkennend had beantwoord, te onderzoeken of niettemin het verhandelen van doxycycline (in voormelde vooronder­stelling) jegens Pfizer onrechtmatig, immers in strijd is met de jegens haar in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid, mist het feitelijke grondslag. Blijkens r.o. 9 heeft het Hof die vraag immers wel gezien. Het heeft daar geoordeeld dat, nu vaststaat dat de door Pharmon verhandelde doxycycline niet binnen het Koninkrijk en uit dien hoofde zonder schending van de onderhavige octrooien is bereid, verhandelen niet onrechtmatig is. Indien het onderdeel zo moet worden begrepen dat het laatstbedoelde oordeel als te beperkt bestrijdt met de stelling dat het verhandelen van een uit het buitenland geïm­porteerde, aldaar met toepassing van, zij het niet rechtstreeks uit de hier geoctrooieerde werkwijze verkregen voortbrengsel onder omstandigheden als in het onderdeel omschreven jegens de houder van het werkwijze-octrooi op grond van het gemene recht onrechtmatig is, faalt het eveneens. Nu de wetgever de vraag onder ogen heeft gezien wanneer de houder van een werkwijze-octrooi zich moet kunnen verzetten tegen import uit het buitenland van produkten, die aldaar met toepassing van die werkwijze zijn vervaardigd, en daarop met afweging van alle betrokken belangen een antwoord heeft gegeven dat er op neerkomt dat de octrooihouder daartoe enkel gerechtigd zal zijn indien en voor zover zulke produkten ‘rechtstreeks zijn verkregen door toepassing van die werkwijzen’, is voor een aanvullende bescherming door het gemene recht op grond van de omstandigheden als in het onderdeel vermeld geen plaats.

Onderdeel 1 kan derhalve niet tot cassatie leiden.

3.2 Onderdeel 2 richt zich tegen r.o. 6. De gedachten­gang van deze rechtsoverweging is klaarblijkelijk deze dat indien een werkwijze-octrooi — gelijk de onderha-

vige werkwijze-octrooien — zelf aangeeft wat het directe resultaat van de daarbij geoctrooieerde werkwijze is, de omstandigheid dat een voortbrengsel niet behoort tot de aldus in het octrooi genoemde, een aanwijzing vormt voor de juistheid van de stelling dat dit voortbrengsel niet ‘rechtstreeks verkregen is door toepassing van die werkwijze’ in de zin van art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet. Dat de in r.o. 6 geconstateerde omstandigheid dat doxycycline niet behoort tot de in Pfizers onderhavige octrooien als direct resultaat van de daarin geoctrooieerde werkwijzen genoemde ver­bindingen, voor het Hof niet meer dan een aanwijzing vormt, blijkt daaruit dat het Hof in de r.o. 7 en 8 de vraag of doxycycline rechtstreeks wordt verkregen door een of meer van de bedoelde werkwijzen met inachtneming van de bijzonderheden van het gegeven geval heeft onderzocht.

Uit het voorgaande volgt dat onderdeel 2a uitgaat van een verkeerde lezing van de bestreden uitspraak en dat onderdeel 2b faalt omdat niet onbegrijpelijk is wat het Hof in r.o. 6 heeft bedoeld.

3.3 Uit het onder 3.2 overwogene volgt dat ook onder­deel 3 feitelijke grondslag mist voor zover het ervan uitgaat dat het Hof zou hebben geoordeeld dat doxycycline niet kan worden aangemerkt als in voormelde zin ‘rechtstreeks verkregen’ door toepassing van een of meer van de geoctrooieerde werkwijzen op de enkele grond dat het niet in de onderhavige octrooien zelf als direct resultaat van de bij die octrooien beschermde werkwijzen wordt aangegeven.

Ook voor zover het onderdeel aan het Hof het oordeel toeschrijft dat ‘een produkt verkregen als gevolg van een chemische bewerking van produkten die wel in de betreffende octrooien als direct resultaat van de bij die octrooien beschermde werkwijzen wordt aangegeven, in het algemeen niet mag worden aangemerkt als een ‘rechtstreeks door toepassing van die werkwijze’ verkregen voortbrengsel in de zin van art. 30 lid 1 onder Rijksoctrooiwet’ gaat het, blijkens het onder 3.2 overwogene uit van een verkeerde lezing van de bestreden uitspraak.

Ook onderdeel 3 is derhalve vergeefs voorgesteld.

3.4 Onderdeel 4 richt zich tegen het slot van r.o. 8. Dat de aangevallen passage 's Hof's beslissing niet draagt, kan worden daargelaten, omdat de klacht van het onder­deel berust op verkeerde lezing van die passage. Het Hof heeft daarin immers enkel tot uitdrukking gebracht dat de werkwijze waardoor, naar de stellingen van Pfizer, doxycycline wordt verkregen niet geheel samenvalt met de werkwijzen welke door Pfizers onderhavige octrooien worden beschermd, hoe ruim men de conclusies van die octrooien ook uitlegt.

3.5 In r.o. 9 heeft het Hof uiteengezet dat en waarom, nu naar zijn oordeel de vraag of doxycycline rechtstreeks wordt verkregen door toepassing van een of meer van de ten name van Pfizer geoctrooieerde werkwijzen, ontkennend moet worden beantwoord, het verhandelen van doxycycline noch inbreuk oplevert op die werkwijze-octrooien, noch anderszins jegens haar onrechtmatig is. De in de onderdelen 5a en 5b tegen dat oordeel aangevoerde argumenten komen neer op een

herhaling van de in onderdeel 1 aangevoerde en hebben in het onder 3.1 overwogene hun weerlegging gevonden. Beide onderdelen zijn mitsdien vergeefs voorgesteld.

3.6 Onderdeel 6 verdedigt dat onder de in onderdeel 5a omschreven omstandigheden — in wezen dezelfde als waarop onderdeel 1 een beroep doet — in het verkeer brengen en verhandelen van doxycycline (voorondersteld dat dit is bereid op de wijze als door Pfizer is gesteld) tevens oplevert inbreukmakend in het verkeer brengen en verhandelen, althans gebruik van de bij die bereiding gebezigde, rechtstreeks door toepassing van de geoctrooierde werkwijzen verkregen ‘tussenprodukten’, ook al zijn die tussenprodukten — gelijk het Hof feitelijk heeft vastgesteld — in het eindprodukt niet meer aanwezig. Ook deze stelling stuit af op het onder 3.1 overwogene, zodat ook onderdeel 6 moet worden verworpen.

4. Beslissing:

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt eiseres in de kosten van het geding in cassatie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van verweerders begroot op f 305,45 aan verschotten en f 1700 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Mr. Franx

1. In deze reeds 6 jaar lopende procedure, door thans eiseres tot cassatie (Pfizer) aangespannen bij dagvaarding op verkorte termijn van 14 jan. 1977, gaat het om de vraag of thans verweerders in cassatie, Pharmon c.s., inbreuk maken op Pfizer's octrooien 128.812, 135.979 en 139.302 door de niet met zoveel woorden afzonderlijke geoctrooide stof doxycycline, bereid in en geïmporteerd uit het buitenland (Italië), in Nederland in het verkeer te brengen althans te verkopen en af te leveren. Rechtbank en Hof hebben geoordeeld dat ten deze van octrooi-inbreuk geen sprake is. Pfizer valt 's Hof's arrest (d.d. 25 november 1981) aan met een in 6 onderdelen uiteenvallend cassatiemiddel waarvan de strekking is, dat Pharmon c.s. wel inbreuk maken op Pfizer's vermelde octrooien.

Het Hof is in r.o. 3 uitgegaan van de veronderstelling dat de door Pharmon verhandelde doxycycline (het Hof bezigt in het bestreden arrest een aantal malen, kennelijk abusievelijk, de term ‘doxycycline’) is bereid op de wijze als door Pfizer gesteld, d.w.z. met toepassing van de door bedoelde octrooien beschermde werkwijzen. Ook in cassatie zal hiervan moeten worden uitgegaan. Tevens geldt in cassatie dat die bereiding zelf (in Italië) geen octrooi-inbreuk oplevert (zie r.o. 9 van het bestreden arrest). Het gaat thans slechts om de vraag — kort gezegd — of de verhandeling in Nederland octrooi-inbreuk vormt dan wel anderszins onrechtmatig is. Hierna, in nr. 2, zal worden betoogd dat slechts de eventuele octrooi-inbreuk kan worden onderzocht.

Kennelijk is het Hof voorts uitgegaan van de navolgende — in cassatie evenmin bestreden — vaststellingen in het Rechtbank-vonnis:

‘2. De met toepassing der voormelde geoctrooierde werkwijzen te bereiden verbindingen waren op de voorrangdata van die octrooien nieuwe verbindingen en dus nieuwe voortbrengselen in de zin van (thans) art. 43 lid 5 Rijksoctrooiwet.

3. Na de bereiding volgens de werkwijzen van de bovenvermelde drie octrooien van genoemde nieuwe verbindingen kan, door hydrolyse in de aanwezigheid van een edelmetaalkatalysator, de als antibioticum gebruikte stof doxycycline worden verkregen, welke stof eiseres onder het merk Vibramycin in de handel brengt.’

De Rechtbank heeft als criterium voor de beschermingsomvang der octrooien genomen ‘de vraag of de werkwijze ter verkrijging van een nieuwe stof uit een voortbrengsel van een geoctrooierde werkwijze, hetzij wat de aard van die werkwijze hetzij wat de inwerking op de eigenschappen van genoemd voortbrengsel betreft, van ondergeschikt belang is’ (p. 5 grosse vonnis Rechtbank; cursivering door mij, F.). De Rechtbank heeft die vraag vervolgens ontkennend beantwoord en op grond hiervan beslist dat van octrooi-inbreuk zoals door Pfizer gesteld, geen sprake is.

2. Octrooi-inbreuk of onrechtmatige daad?

Het cassatiemiddel stelt de vraag aan de orde welke grondslag of grondslagen de vorderingen van Pfizer hebben. Heeft zij zich uitsluitend beroepen op inbreuk op haar toekomstige octrooirechten, of heeft zij de wederpartijen — hetzij ten subsidiaire, hetzij ten cumulatieve — verweten een onrechtmatige daad te hebben gepleegd bestaande in handelen in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt jegens eens anders persoon of goed?

Leest men het Rechtbank-vonnis, dan is duidelijk dat de Rechtbank uitsluitend heeft onderzocht of sprake is van octrooi-inbreuk. Pfizer is in hoger beroep niet opgekomen tegen deze begrenzing van het geschil. Het Hof heeft in haar appelgrievens klaarblijkelijk niet de stelling gelezen dat Pharmon c.s. bedoelde zorgvuldighedsnorm hebben geschonden. Mitsdien heeft ook het Hof zich beperkt tot een onderzoek naar de vraag of van octrooi-inbreuk sprake was. Daaraan doet niet af dat het Hof in r.o. 9, slot van de tweede volzin, overweegt: ‘...zonder dat zulks reeds deswege octrooi-inbreuk oplevert of anderszins onrechtmatig is jegens de octrooihouders’. De rechtsstrijd in hoger beroep ging slechts om de vraag naar octrooi-inbreuk en de door het Hof dienaangaande gegeven beslissing wordt niet gedragen door de hier geciteerde woorden ‘of anderszins onrechtmatig is jegens de octrooihouders’. Ook in cassatie is niet geklaagd over de hier bedoelde (beperkte) omvang die het Hof aldus aan het geschil in hoger beroep heeft gegeven.

Op grond van een en ander kan het cassatiemiddel niet slagen voor zover het aanvoert dat Pharmon c.s. hebben gehandeld in strijd met de zorgvuldighedsnorm van art. 1401 BW; zie bijv. onderdeel 1 sub b) en onderdeel 5 sub a, slot van de inleidende alinea en laatste alinea (‘...of anderszins onrechtmatig is’), en sub b. De beoordeling van die stelling, die mede verwijst naar een aantal in het middelonderdeel opgesomde feiten en om-

standigheden, is immers verweven met waarderingen van feitelijke aard.

3. Onderdeel 1 verwijt het Hof in r.o. 5 een te beperkte omvang aan zijn onderzoek te hebben gegeven, door uitsluitend na te gaan of doxycycline ‘rechtstreeks verkregen’ is (in de zin van art. 30 lid 1 aanhef en onder b Rijksoctrooiwet) door toepassing van een van de ten processe bedoelde geoctrooierde werkwijzen. Het gaat dan met name om octrooi nr. 139.302, verleend voor een werkwijze voor het bereiden van methacycline, welke stof als het ware de laatste tussenschakel is in de keten van de stoffen onder de octrooien 128.812, 135.979, 139.302 en doxycycline. Een uitgebreide beschrijving van deze ‘procedureketen’ heeft Pfizer’s raadsman gegeven in zijn pleitnota’s in eerste aanleg (p. 3–5) en in hoger beroep (p. 3–6) en in haar memorie van grieven (p. 2–4). Populair gezegd: uit de onder octrooi 128.821 gemaakte stof A kan men via werkwijze 135.979 stof B maken, waarmee via werkwijze 139.302 stof C: methacycline kan worden bereid, terwijl men tenslotte uit methacycline via een niet geoctrooierde werkwijze de stof D, waar het in dit geding om gaat: doxycycline, kan bereiden.

Onderdeel 1 gaat ervan uit dat het Hof ten onrechte niet heeft onderzocht of Pharmon c.s., door doxycycline in Nederland in het verkeer te brengen enz., niet tevens methacycline in het verkeer heeft gebracht — ook al zou doxycycline niet ‘rechtstreeks verkregen’ zijn uit methacycline.

Dit onderdeel mist feitelijke grondslag, nu het Hof bedoeld onderzoek — ter beantwoording van de vraag naar eventuele octrooi-inbreuk als door Pfizer gesteld (r.o. 11 jo r.o. 3) — wel heeft verricht, nl. in r.o. 10. Daarin wordt overwogen dat ‘die tussenproducten’ (waaronder methacycline) in ‘het eindproduct’ (doxycycline) niet meer aanwezig zijn. Deze beslissing is in cassatie niet bestreden. Wel behelst onderdeel 6 van het middel de stelling, dat het in het verkeer brengen enz. van doxycycline tevens het in het verkeer brengen enz. van methacycline kan opleveren ook al is laatstgenoemde stof in doxycycline niet meer aanwezig. Zulks kan volgens onderdeel 6, het geval zijn onder de in onderdeel 5 sub a) gerubriceerde omstandigheden. Met het oog hierop zal ik thans op onderdeel 6 nader ingaan.

4. Uitgangspunt bij de beoordeling van onderdeel 6 moet zijn, dat doxycycline niet ‘rechtstreeks verkregen’ is (art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet) ‘uit’ (= door toepassing van de geoctrooierde werkwijze ter bereiding van) methacycline. Daarmee is gegeven dat het in het verkeer brengen enz. van doxycycline buiten de bescherming valt die art. 30 lid 1 aanhef en onder b aan het methacycline-octrooi van Pfizer verleent.

Voorts zal hierna, nrs. 7 en 9, blijken dat ‘het wezen’ van het methacycline-octrooi (alsmede ‘het wezen’ van de beide andere octrooien waarop Pfizer zich in dit geding beroept) niet mede de bereiding enz. van doxycycline omvat.

Een en ander zo zijnde kan onderdeel 6 m.i. geen succes hebben. Het doet er dan immers niet meer toe of

doxycycline is bereid door (voortgezette) bewerking van methacycline.

5. De in onderdeel 1 vermelde feiten

Ten overvloede zal ik hier in het kort op ingaan.

Voorop gesteld zij dat de geachte pleiter voor Pfizer in zijn repliek de indruk vestigt dat de onderhavige feiten (en omstandigheden) een rol spelen voor de toepasselijkheid van de zorgvuldigheidsnorm van art. 1401 BW, en niet voor de vraag naar de octrooi-inbreuk. Als dat zo is faalt het beroep op die feiten en omstandigheden op de reeds eerder door mij aangegeven grond, dat schending door Pharmon c.s. van bedoelde zorgvuldigheidsnorm in cassatie buiten de orde moet blijven.

Over die feiten en omstandigheden thans nog het volgende.

Het Hof heeft niet feitelijk vastgesteld en is er evenmin veronderstellenderwijze van uitgegaan:

— dat doxycycline slechts kan worden verkregen door nadere bewerking van methacycline;

— dat doxycycline op de prioriteitsdatum, geldend voor de Pfizeroctrooien, een ‘nieuwe’ stof (art. 43 lid 5 Rijksoctrooiwet) was;

— dat de werkwijze ter verkrijging van doxycycline uit methacycline in het methacycline-octrooi nr. 139.302 is geopenbaard of voor de hand liggend is (zie nrs. 6 en 7 hierna).

6. De beschermingsomvang van Pfizer’s octrooien; ‘het wezen’ van een octrooi

In alle instanties in deze zaak heeft Pfizer zich beroepen op de leer van ‘het wezen van de uitvinding’, ten betoge dat Pharmon zich schuldig maakt aan inbreuk op het methacycline-octrooi door doxycycline in Nederland in het verkeer te brengen enz. Zie: ‘aangezien’ 8, slot, van de inleidende dagvaarding; het zesde ‘dat’ van de akte d.d. 19 aug. 1977; pleitaantekeningen d.d. 22 okt. 1979 p. 12 e.v. (zeer uitvoerig); memorie van grieven p. 8–9 (grief I sub b); pleitaantekeningen d.d. 6 oktober 1981 (hoger beroep); p. 9, 13, 14–20 en 28–29; middelonderdelen 2a, 3, 4 en 5a.

Zie over ‘het wezen’ van de geoctrooide uitvinding: Telders-Croon, ‘Nederlandsch Octrooirecht’ (1946), nrs. 302–304 p. 328–331; Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth, ‘Kort begrip van het recht betreffende de industriële en intellectuele eigendom’ (1976), p. 38; Van Nieuwenhoven Helbach, ‘Nederlands handels- en faillissementsrecht, II, Industriële eigendom en mededingingsrecht’ (1974), nr. 155 (p. 51) en nr. 160 (p. 52–53). Het gaat hier om de beschermingsomvang van het octrooi. Een overzicht van de recente cassatierechtpraak geeft het lid van uw Raad Haardt in de bundel ‘Quid iuris’ (1977), p. 97–98, nr. 9. Het komt bij de uitlegging van het octrooi aan op datgene waarin naar het wezen der zaak de geoctrooierde uitvinding bestaat. De ‘uitvindingsgedachte, welke aan de uitvinding als resultaat ten grondslag ligt’ (Telders-Croon nr. 304 slot) moet worden opgespoord bij het vaststellen van ‘het wezen’ van de uitvinding. Daarbij is de letterlijke tekst van het octrooischrift wel het uitgangspunt (Telders-Croon nr. 302, Haardt) maar niet zonder meer beslissend. Zie art. 30 lid 2 Rijksoctrooiwet. Volgens sommige auteurs is de bescherming niet beperkt tot wat

de uitvinder klaarblijkelijk heeft bedoeld; zij strekt zich mede uit tot wat het octrooi aan de deskundige openbaart (Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth p. 38; Van Nieuwenhoven Helbach nr. 160). Ik kom hierop terug in nr. 10.

Het vaststellen van wat 'het wezen' van de uitvinding vormt, berust derhalve mede op uitlegging van het octrooischrift. Deze uitlegging is voornamelijk feitelijk van aard en daarom niet vatbaar voor toetsing op juistheid door de HR. Aldus: HR 7 november 1930, NJ 1931, p. 740, W. 12232; HR 20 november 1931, NJ 1931, p. 1593 (m.nt. EMM), W. 12377 (S.B.); HR 17 mei 1935, NJ 1935, p. 1549, W. 12980, BIE 1937, p. 3; HR 17 april 1936, NJ 1936, 546 (m.nt. EMM), BIE 1937, p. 50 (F.J.A.H.); HR 19 febr. 1937, NJ 1937, 550 (m.nt. EMM), BIE 1937, p. 111; HR 18 juni 1937, NJ 1938, 17, BIE 1939 p. 2 (BMT); HR 19 november 1937, NJ 1938, 281, BIE 1938, p. 85; HR 14 jan. 1938, NJ 1938, 1032 (m.nt. EMM), BIE 1938, p. 120 (BMT); HR 8 dec. 1961, NJ 1962, 29 (m.nt. HB), BIE 1962 nr. 6; HR 30 juni 1967, NJ 1968, 135 (m.nt. HB), BIE 1968 nr. 13; HR 23 juni 1972, NJ 1972, 451 (m.nt. LWH); HR 10 okt. 1975, NJ 1976, 232; HR 18 mei 1979, NJ 1979, 479 (m.nt. LWH); Telders-Croon nr. 324 p. 355; Van Nieuwenhoven Helbach nr. 158; Haard in 'Quid iuris' p. 97.

Het profiteren van een geoctrooieerde uitvindingsgedachte, van 'het wezen' van een octrooi, levert mitsdien in beginsel octrooi-inbreuk op.

7. 'Het wezen' van Pfizers octrooien, het bestreden arrest en de desbetreffende klachten van het middel Welke rol speelt de leer van 'het wezen' der ten processe bedoelde octrooien in 's Hofs arrest?

Ik citeer de r.o. 8 en 9:

'8. Pfizer betoogt dat het door art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet aangelegde criterium (genoemd in overweging 5) geen afbreuk doet aan 'de leer van het wezen van de uitvinding'. Dat is juist maar niet ter zake. Die 'leer' — daargelaten wat zij precies inhoudt en hoever haar praktische betekenis gaat — betreft immers de vraag naar het bereik van octrooi-conclusies in het licht mede van het wezen van de uitvinding zoals uit het ganze octrooischrift blijkend. Daarover gaat het ten deze niet. Er kan geen twijfel over bestaan dat geen van Pfizer's octrooien de bereiding van doxycycline beschermt, ook niet bij een ruime uitleg, volgens het 'wezen van de uitvinding', van de desbetreffende conclusies. Pfizer heeft ook niet het tegendeel bepleit.

9. Dat, gelijk Pfizer eveneens betoogt, Pharmon — zo haar doxycycline is bereid uit methacycline dat is verkregen met toepassing van Pfizer's drie uitvindingen — profiteert van die uitvindingen of, zoals Pfizer het ook anders heeft uitgedrukt: 'gebruik maakt van het wezen der uitvinding van octrooi 139.902 (lees: 139.302; F.) en daarmee ook van de uitvindingsgedachte der beide daaraan voorafgaande octrooien', is ten eerste niet juist in zoverre als, gelijk overwogen, het wezen van de uitvinding van octrooi 139.902 (lees: 139.302; F.) ligt in de vondst dat andere stoffen dan doxycycline een zeer goede therapeutische werking hebben. Het is, ten tweede, niet ter zake omdat op velerlei wijzen en in velerlei

situaties door derden wordt geprofiteerd van geoctrooieerde uitvindingen van anderen, of gebruik wordt gemaakt van het wezen van ten name van anderen geoctrooieerde uitvindingen, zonder dat zulks reeds deswege octrooi-inbreuk oplevert of anderszins onrechtmatig is jegens de octrooihouders. In situaties als de onderhavige heeft de wetgever de grens tussen inbreukmakend en niet-inbreukmakend profiteren of gebruik maken getrokken met behulp van meergevoemd in art. 30 lid 1 sub b Rijksoctrooiwet geformuleerd, criterium. Opmerking verdient nog dat Pfizer heeft gesteld dat het door Pharmon verhandelde doxycycline is bereid in Italië. Dit betekent dat die doxycycline niet is bereid met schending van de onderhavige octrooien. Zou wel van zo'n bereiding sprake zijn, dat zou, onder omstandigheden, de verhandeling van doxycycline onrechtmatig kunnen zijn, maar niet octrooi-inbreuk opleveren.'

Tegen de laatste zin van r.o. 8 richt zich de motiveringsklacht van onderdeel 4. Deze klacht lijkt me, op zichzelf beschouwd, gegrond. Pfizers pleitnotities in appel — die blijkens 's Hofs arrest als daar ingevoegd moeten worden beschouwd en derhalve kenbaar zijn voor uw Raad — zijn, op de reeds door mij vermelde blz. 9, 13 en 14–20, bezwaarlijk anders te begrijpen dan een uitvoerig gemotiveerde uiteenzetting die ertoe strekt dat Pfizers octrooien de bereiding van doxycycline beschermen en derhalve naar 'het wezen' worden geschonden door de aan Pharmon c.s. verweten gedragingen: het in Nederland in het verkeer brengen enz. van doxycycline, zoals Pfizer trouwens reeds in haar appelgrief I sub b had aangevoerd.

Onderdeel 4 kan echter, naar het mij voorkomt, niet tot cassatie leiden en wel omdat de daardoor bestreden laatste zin van r.o. 8 de verwerping door het Hof van Pfizers beroep op 'het wezen' van haar octrooien niet draagt. Het Hof verwerpt dat beroep niet op grond van een lacune in Pfizers stellingen, maar op grond van twee zelfstandige overwegingen die ieder voor zich die verwerping dragen. De eerste daarvan heeft 'het wezen' van Pfizers octrooien beschouwd in hun relatie tot de uitvinding van de doxycycline-bereiding. Die overweging ligt besloten in de r.o. 8 en 9 en kan worden weergegeven als volgt: 'het wezen' van het methacycline-octrooi (en van de beide andere, oudere octrooien van Pfizer) omvat niet de vondst van de zeer goede therapeutische werking van doxycycline. Deze beslissing van het Hof omtrent 'het wezen' van de onderhavige stoffen is, als gezegd, feitelijk van aard en wordt, als ik het goed zie, niet bestreden door onderdeel 4. Hoewel het Hof aldus zich niet met zoveel woorden heeft uitgelaten over 'het wezen' van doxycycline-bereiding — hetgeen voor de beslissing in de onderhavige zaak ook niet nodig was — ligt in 's Hofs gedachtengang m.i. wel besloten, dat 'het wezen' van doxycycline-bereiding niet behoort tot 'het wezen' van Pfizer's geoctrooieerde uitvindingen.

Naar mijn mening stuit ook onderdeel 5 in zijn beide subonderdelen a en b op het vorenstaande af. Uitgevoerd zijnde dat Pharmon niet 'het wezen' van Pfizers octrooien schendt, is de kous, wat onderdeel 5 betreft,

af. Wat subonderdeel 5b betreft moge ik opmerken dat dat zich slechts richt tegen de tweede, door het Hof voor zijn verwerping van Pfizers beroep op ‘het wezen’ van haar octrooien genomen grond, t.w. dat het niet ter zake is dat Pharmon profiteert van ‘het wezen’ van die octrooien. Subonderdeel 5b laat onaangetaast de reeds vermelde eerste grond, t.w. dat Pharmon ‘het wezen’ van Pfizers octrooien niet schendt.

Volledigheidshalve voeg ik hier aan toe dat het Hof in zijn beschouwing over de grens tussen inbreukmakend en niet inbreukmakend profiteren of gebruik makend (r.o. 9) tot hypothetisch uitgangspunt kiest, dat Pharmon wel van ‘het wezen’ van Pfizers octrooien profiteert. Nu dit uitgangspunt, als gezegd, feitelijk onjuist is (en de beslissing van het Hof zelfstandig wordt gedragen door het oordeel dat bedoeld uitgangspunt onjuist is) kan ik dit punt verder laten rusten.

8. Onderdeel 2 richt zich tegen r.o. 6 met een materiele klacht in subonderdeel 2a en een motiveringsklacht in subonderdeel 2b. Om met de laatste te beginnen: die klacht stuit m.i. af op de omstandigheid dat het Hof met de woorden ‘octrooien als de onderhavige’ naar mijn mening heeft bedoeld: ‘de onderhavige octrooien’.

Subonderdeel 2a zal ik samen met onderdeel 3 bespreken na een beschouwing van meer algemeen karakter in nr. 9.

9. ‘Rechtstreeks verkregen’ (art. 30 lid 1 onder b Rijksoctrooiwet) en ‘het wezen’ van de uitvinding

Art. 30 lid 1 aanhef en onder b Rijksoctrooiwet bepaalt dat een octrooi de octrooihouder — behoudens ten deze niet aanwezige uitzonderingsgevallen — het uitsluitend recht geeft de geoctrooieerde werkwijze in of voor zijn bedrijf toe te passen of ‘... het voortbrengsel, dat rechtstreeks verkregen is door toepassing van die werkwijze ... in of voor zijn bedrijf te gebruiken, in het verkeer te brengen’ enz. Deze tekst kwam tot stand door de wijzigingswet van 12 jan. 1977, Stb. 160, sub AL. De door mij tussen aanhalingstekens geplaatste woorden vervangen de woorden ‘... de stof volgens die werkwijze ... bereid’. De vervanging van het begrip ‘stof’ door het ruimere begrip ‘voortbrengsel’, in de MvT uitvoerig toegelicht, speelt voor de onderhavige zaak geen rol. Met de vervanging van ‘bereid’ door ‘rechtstreeks’ verkregen is, als ik mij niet vergis, niet een materiele wijziging beoogd, maar slechts aansluiting aan het Europees Octrooiverdrag (art. 64 lid 2). Zie hierover de pleitnota in hoger beroep van Pfizers raadsman, p. 26–27. Opmerkelijk is dat reeds het oorspronkelijke wetsontwerp van de Octrooiwet 1910 in art. 36 werkte met het criterium ‘onmiddellijk verkregen’. Volgens de MvT (Bijl. Hand. II 197.3 d.d. 3 mei 1905) p. 35 had men daarbij op het oog ‘... niet alle producten aan welke voortbrenging de toepassing eener werkwijze deel heeft gehad ..., doch slechts die, op welke verkrijging de werkwijze uit haren aard en direct gericht is. Bij voorbeeld zijn steenkolen uit een mijn, waarvan de schataanleg volgens de bevriesmethode heeft plaats gevonden, of voortbrengselen eener fabriek, waar bij het stoken der vuren eene bepaalde werkwijze wordt toegepast geenszins als producten van die bevriesmethode of van die werkwijze ten aanzien van het stoken der

vuren te beschouwen’. Bij gewijzigd wetsontwerp heeft men de woorden ‘onmiddellijk verkregen’ in art. 36 laten vervallen zonder dat blijkt van een wijziging in de bedoeling van de wetgever zoals hier geciteerd. De tekstwijziging — die tot de wijzigingswet van 1977 stand hield — hing samen met een wijziging in art. 3 (zie MvA 24.1 p. 8) waarin men het verbod van octrooi op ‘langs scheikundige weg verkregen’ voortbrengselen verving door een verbod op ‘ene stof op zich zelve’: het element van ‘verkregen’ verdween aldus uit de wet, en keerde daarin pas terug in 1978. Ik citeer uit de — aan de voornoemde MvT d.d. 3 mei 1905 herinnerende — MvT op wetsontwerp nr. 13209 leidend tot de wijzigingswet van 12 jan. 1977:

‘Ten aanzien van het begrip ‘verkregen’ zij nog opgemerkt, dat dit gekozen is om te bereiken, dat alles wat als resultaat van een werkwijze aangemerkt mag worden — om het even of deze in een bereiding, een vervaardiging of een behandeling bestaat — de bescherming van het octrooi geniet. De eis dat het voortbrengsel ‘rechtstreeks’ moet zijn verkregen door toepassing van een werkwijze — een eis die ook bij het Europees Octrooiverdrag wordt gesteld — betekent dat alleen het directe resultaat van de werkwijze onder de bescherming van het octrooi valt. Een voorbeeld mag dit verduidelijken. Bij een octrooi voor een werkwijze, die het impregneren van textiel betreft, zijn de voorwerpen die met toepassing van die werkwijze zijn beschilderd ‘rechtstreeks verkregen’. Is evenwel octrooi verleend voor een werkwijze, die het bereiden van een impregneringsmiddel tot onderwerp heeft, dan is het met toepassing van die werkwijze bereide impregneringsmiddel ‘rechtstreeks verkregen’, doch niet het voorwerp dat met dat middel is behandeld.

Voorzover de wet aldus zal gaan voorzien in de door aanvragers gevoelde lacune, die aanleiding gaf tot de bedoelde praktijk van de Octrooiraad om naast een conclusie voor een werkwijze steeds een volgconclusie toe te staan voor voortbrengselen verkregen volgens deze werkwijze, mag verwacht worden, dat dit gevolgen zal hebben voor deze praktijk.

Het zal dan aan de rechter voorbehouden zijn uit te maken, wanneer men nog te doen heeft met een voortbrengsel, rechtstreeks verkregen volgens een geoctrooieerde werkwijze. Een vraag overigens, die de rechter onder de huidige wet ook reeds moest beantwoorden voor een stof bereid volgens een geoctrooieerde werkwijze’.

De MvT op de Goedkeuringswet van het Europees Octrooiverdrag (nr. 13899) vermeldt op p. 23 over art. 64 Verdrag o.m.:

‘Art. 64. In overeenstemming met het beginsel, dat een Europees octrooi in elk der staten, waarvoor het is verleend, aan het daar geldende nationale recht is onderworpen, laat het eerste lid de rechten, die uit het octrooi voortvloeien, bepalen door het nationaal recht. Het betreft hier in het bijzonder de omschrijving van de handelingen die het uitsluitend recht van de octrooihouder uitmaken. Inbreuk op dit recht wordt dan ook, volgens het derde lid, beoordeeld naar het nationale recht. In een opzicht wordt echter het nationale recht op

dit punt zijn autonomie ontnomen, doordat het tweede lid de bescherming van een geoctrooieerde werkwijze uitstrekt tot de voortbrengselen, die rechtstreeks door toepassing van deze werkwijze zijn verkregen. Het opnemen van deze bepaling is onder andere geschied om de volgende reden. Het is nl. niet altijd mogelijk, zo bijvoorbeeld in de chemische industrie, om een stof behoorlijk te omschrijven los van de bij de fabricage gevolgde werkwijze. Daardoor zou het vaak onmogelijk zijn naast de conclusie voor een werkwijze ook een conclusie te richten op de volgens die werkwijze verkregen stof. Zonder een bepaling als nu in het tweede lid opgenomen, zou dan ook de houder van een werkwijzeoctrooi in vele gevallen machteloos staan tegenover uit het buitenland geïmporteerde produkten, die met toepassing van die werkwijze zijn vervaardigd. Hoewel een bepaling van gelijke strekking als die van het tweede lid ook voorkomt in de wetgeving van de meeste staten, heeft het Verdrag op dit punt een uniforme bescherming zekerheidshalve willen waarborgen'.

Het gaat derhalve om 'het directe resultaat' van de geoctrooieerde werkwijze, niet om het resultaat van verdere bewerkingen die niet in de geoctrooieerde werkwijze zelf begrepen zijn. De MvT nr. 13209 geeft op p. 49 aan, dat het eerste lid van art. 30 de geoctrooieerde handelingen omschrijft en het (nieuwe) tweede lid de omvang van het recht regelt. Dat tweede lid luidt thans: 'Het uitsluitend recht wordt bepaald door de inhoud van de conclusies van het octrooischrift, waarbij de beschrijving en de tekeningen dienen tot uitleg van die conclusies'. De aldus geponeerde tegenstelling tussen het eerste en het tweede lid (omschrijving van de handelingen — omschrijving van de omvang van het recht) lijkt me niet geheel zuiver in die zin, dat het een in het ander overloopt. De interpretatie van 'rechtstreeks verkregen' in lid 1 (onder b) bepaalt mede de omvang van het recht. Het is op dit punt dat de problematiek van het 'rechtstreeks verkregen' zijn gaat samenvallen met die van 'het wezen van de uitvinding', die voor de toepassing van lid 2 van belang is. Men kan de verhouding tussen lid 1 en lid 2 misschien aldus formuleren: de handelingen bedoeld in lid 1 zijn slechts die handelingen die het in lid 2 bedoelde recht monopoliseert. Anders gezegd: een handeling die niet in strijd is met het recht van lid 2 (omdat daardoor niet wordt geprofiteerd van het wezen van de geoctrooieerde uitvinding), kan reeds daardoor niet opleveren een in het verkeer brengen van een voortbrengsel dat rechtstreeks is verkregen door toepassing van de geoctrooieerde werkwijze. Dat brengt mee dat de vraag naar het 'rechtstreeks verkregen' zijn is beantwoord (in negatieve zin) zodra vaststaat dat van 'het wezen' van de uitvinding niet is geprofiteerd, met andere woorden: dat in dit laatste geval de vraag naar het rechtstreeks verkregen zijn geen zelfstandige vraag meer is. Omgekeerd: wanneer wel is geprofiteerd van het wezen van de uitvinding — zoals het Hof in r.o. 9 veronderstellenderwijze aanneemt — moet alsnog worden onderzocht of er een 'rechtstreeks verkregen' voortbrengsel in het verkeer is gebracht. Het komt mij voor dat dit het is wat het Hof

in r.o. 5 jo r.o. 9 tot uiting heeft willen brengen. Het Hof heeft 'het wezen' van de uitvinding van octrooi 139.302 doen samenvallen met het directe resultaat van de daardoor beschermde werkwijze, zijnde methacycline, als 'rechtstreeks verkregen' voortbrengsel. En dat 'directe resultaat' is, volgens het Hof in r.o. 6, datgene wat het octrooi zelf als zodanig aangeeft: 'bij octrooi 139.302: 6-desoxy-6-demethyl-6-methyleentetracycline met de algemene formule 1 voorkomend op een van de bladen tekeningen.' Doxycycline behoort, aldus de laatste zin van r.o. 6, niet tot een van de in bedoelde octrooiën genoemde verbindingen.

10. Het wezen van de uitvinding en art. 30 lid 2 Rijksoctrooiwet

De vraag door de middelonderdelen 2a en 3 opgeworpen is, of het Hof, door de tekst van de onderhavige octrooischriften de doorslag te doen geven, niet heeft gehandeld in strijd met de in het vorenstaande, nr. 6, aangegeven regel dat voor de vaststelling van 'het wezen' van de uitvinding niet uitsluitend moet worden gelet op wat met zoveel woorden in de conclusie van het octrooi is uitgedrukt (HR 8 dec. 1961, NJ 1962, 29 m.nt. HB).

Over de beschermingsomvang van een octrooi bepaalt het huidige art. 30 lid 2 Rijksoctrooiwet: 'Het uitsluitend recht wordt bepaald door de inhoud van de conclusies van het octrooischrift, waarbij de beschrijving en de tekeningen dienen tot uitleg van die conclusies.' Naar mijn mening volgt uit de overgangsbepalingen (artt. II t/m IX) van de wet van 12 jan. 1977, Stb. 160, dat het hier geciteerde art. 30 lid 2 geen eerbiedigende werking heeft ten opzichte van zijn voorganger, maar in ieder geval met ingang van het tijdstip van inwerkingtreding (1 jan. 1978) de rechten van Pfizer als octrooihouder beheerst (exclusieve werking, zoal niet terugwerkende kracht) en mitsdien in dit geding behoort te worden toegepast. Overgangsrechtelijk ligt hier trouwens niet een vraag die moet worden beantwoord, nu met het gewijzigde art. 30 lid 2 geen inhoudelijke wetswijziging lijkt te zijn beoogd. Zie de kamerstukken nr. 13209, waaruit ik de MvT, p. 49, citeer:

'Nadat in het eerste lid de handelingen zijn omschreven, die de octrooihouder met uitsluiting van anderen mag verrichten, bevat het nieuwe tweede lid een regel betreffende de omvang van het uitsluitend recht. Deze wordt bepaald door de conclusies van het octrooischrift, waarbij echter de beschrijving en de tekeningen dienen tot uitleg van de conclusies. Deze regel, die vrijwel in overeenstemming is met de in het Koninkrijk gevestigde opvatting, is ontleend aan art. 8 derde lid Verdrag van Straatsburg. De tekst van deze bepaling zou aanleiding kunnen geven tot misverstanden. De ondergetekenden willen daarom als volgt de bedoeling van deze bepaling weergeven.

De bepaling mag niet aldus worden uitgelegd, als zou de beschermingsomvang van het octrooi worden bepaald door de letterlijke tekst van de conclusies, waarbij de beschrijving en de tekeningen alleen zouden mogen dienen om dubbelzinnigheden op te heffen, die de tekst van de conclusies zou kunnen oproepen. Zij

mag echter ook niet worden uitgelegd in die zin, als zouden de conclusies alleen als richtlijn dienen en de bescherming zich ook mogen uitstrekken tot wat de octrooihouder, naar het oordeel van de deskundige die de beschrijving en tekeningen leest, zou hebben willen beschermen. De bepaling beoogt daarentegen tussen deze twee uitersten — wel als Angelsaksische onderscheidelijk Duitse leer aangeduid — het midden te houden en zowel een redelijke bescherming aan de aanvrager te geven als rechtszekerheid aan derden.’

Als ik het goed zie heeft de wetgever hiermede het ruime standpunt, verdedigd door Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth en door Van Nieuwenhoven Helbach t.a.p. en vermeld in het vorenstaande, nr. 6 — inhoudende dat de bescherming van het octrooi zich, buiten de grenzen van de letterlijke tekst, mede uitstrekt tot wat het octrooi aan de deskundige openbaart — afgewezen en een middenweg willen bewandelen. Daarbij heeft de wetgever niet willen afwijken van eerdergenoemd arrest van 8 dec. 1961, NJ 1962, waarin werd aanvaard ‘dat het Hof ... uit het onderhavige octrooischrift in zijn geheel heeft afgeleid, dat de onderhavige uitvinding naar het wezen der zaak uitsluitend bestaat in het in de conclusie omschrevene’.

Naar mijn mening heeft het Hof in het thans bestreden arrest die beslissing van uw Raad d.d. 8 dec. 1961 en de zich daarbij aansluitende bedoelingen van de wetgever van 1977 willen volgen en wel aldus, dat het Hof enerzijds de letterlijke tekst van de onderhavige conclusies doorslaggevend heeft geoordeeld in r.o. 6 maar anderzijds dat oordeel nader heeft gemotiveerd in r.o. 7, waarin tot uiting is gebracht dat het bij het methacyclineoctrooi niet gaat om de bereidingswijze maar om de ‘zeer goede therapeutische werking’ van het (in het octrooi genoemde) resultaat — waartoe doxycycline niet behoort. Het Hof heeft, net als het arrest a quo HR 8 dec. 1961, het octrooischrift als geheel beschouwd. Daarnaast attendeert het Hof — zij het dan in een ‘daargelaten’, zijnde in dit geval m.i. een niet dragende overweging — in r.o. 7 op de omstandigheid dat ‘het bepalen van die ‘aangepaste omstandigheden’ geenszins een eenvoudige opgave is ... en dat omtrent die specifieke omstandigheden in het octrooi niets is te vinden’, waarmee het Hof tot uiting brengt dat de bereiding van doxycycline uit methacycline geenszins voor de hand liggend is.

Welnu, de voren beschreven gedachtengang van het Hof omtrent ‘het wezen’ van ‘octrooien als de onderhavige’ is feitelijk van aard en behoefde geen andere of nadere motivering, terwijl het Hof m.i. niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan.

Mitsdien kunnen ook de onderdelen 2 en 3 van het middel niet tot cassatie leiden.

11. Ik concludeer tot verwerping van het beroep met verwijzing van eiseres tot cassatie (Pfizer) in de op de voorziening gevallen kosten.