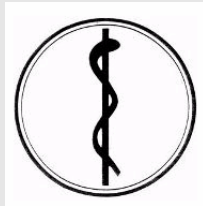


Benelux Gerechtshof, 9 juli 1984, Tanderil**MERKENRECHT****Merkgebruik door arts****Indien een arts in recept merknaam bezigt, is dat gebruik van het merk art. 13A(1)(2) BMW**

Indien een praktiserend arts - huisarts of specialist – in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt; door de apotheker af te leveren geneesmiddel een recept van een farmaceutische spécialité bezigt, maakt hij van dat merk niet gebruik in de zin van artikel 13A, eerste lid, aanhef en onder 1, BMW, doch wél gebruik in de zin van deze bepaling onder 2; dit gebruik vindt plaats in het economisch verkeer in de zin van laatstgenoemde bepaling.

Merkgebruik door apotheker**Apotheker die loco-geneesmiddel aflevert op recept waarop .merk vermeld staat, gebruikt merk in de zin van art. 13A(1)(1) BMW indien nalaat bij aflevering mede te delen of anderszins duidelijk te maken dat hij het loco-geneesmiddel levert**

Indien een apotheker op een recept, waarin de aanwijzing nopens het af te leveren geneesmiddel bestaat uit het merk van een farmaceutische spécialité in verbinding met termen of tekens waaruit blijkt dat de arts toestemt in aflevering van een vervangend geneesmiddel (loco), aan de patiënt een geneesmiddel aflevert dat niet afkomstig is van de houder van het op het recept vermelde merk, en, ofschoon hij rekening moet houden met de mogelijkheid dat de koper (de patiënt) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept zal menen dat hem de van de merkhouder afkomstige farmaceutische spécialité wordt verstrekt, nalaat bij aflevering mede te delen of anderszins duidelijk te maken dat hij het loco-geneesmiddel levert, maakt de apotheker gebruik van het merk in de zin van artikel 13A, eerste lid, aanhef en onder 1, BMW.

Vindplaatsen: NJ 1985, 101. m.nt Wichers Hoeth, BIE 1985, nr. 59, AA 1985, 28, m.nt. Cohen Jehoram

Benelux Gerechtshof, 9 juli 1984

(Ch.M.J.A. Moons, R. Thiry, R. Janssens, H.E. Ras, R. Soetaert, F. Hess, J. Rouff, O. Stranard en Mr S.K. Martens)

in de zaak A 82/2

Inzake:

Dr. NIJS c.s.

tegen

CIBA-GEIGY A.G.

HET BENELUX-GERECHTSHOF

in de zaak A 82/2

Gezien de brief van de Griffier van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 17 mei 1982 met het daarbij gevoegde afschrift van het arrest van dat Hof van 28 april 1982 in de zaak rolnummer 54 VR/81 van (1) Drs. Albertus Cornelis Nijs, wonende te Schiedam, (2) Drs. Kees Jansen, wonende te Schiedam en (3) de Onderlinge Waarborgmaatschappij Algemeen Ziekenfonds Schiedam-Vlaardingen-Maassluis S.V.M. U.A., gevestigd te Schiedam

tegen

de vennootschap naar Zwitsers recht Ciba Geigy A.G. (Ciba-Geigy S.A.) (Ciba-Geigy Limited), gevestigd te Basel (Zwitserland), waarbij overeenkomstig artikel 6 van het Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof vragen van uitleg van de Eenvonlige Beneluxwet op de Warenmerken worden gesteld

TEN AANZIEN VAN DE FEITEN

Overwegende dat de procedure welke tot voormeld arrest heeft geleid, als volgt kan worden samengevat :

Dokter Nijs, apotheker Jansen en het Ziekenfonds hebben in eerste aanleg voor de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam tegen Ciba Geigy een verklaring voor recht gevraagd waarbij dokter Nijs werd aangeduid met : "eiser sub 1", apotheker Jansen met : "eiser sub 2" en het Ziekenfonds met : "eiseres sub 3", primair :

"1. Het uitschrijven van een recept door eiser sub 1 net de tekst "R/Tanderil of gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst" of : "R/Tanderil met machtiging om gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst af te leveren" of het uitschrijven van een recept door eiser sub 1 met een dergelijke tekst is jegens gedaagde, merkhouder van Tanderil, rechtmatig;
2. Het afleveren door eiser sub 2 van oxyfenbutazon, corresponderend op de onder 1 bedoelde geaccordeerde lijst met Tanderil, naar aanleiding van de presentatie door een patiënt van een onder 1 bedoeld recept, is jegens gedaagde, merkhouder van Tanderil, rechtmatig;

3. Het door eiseres sub 3 op passende wijze onder de aandacht van andere artsen en apothekers brengen en aanbevelen van de handelwijze van eisers sub 1 en 2 als bovenomschreven, is jegens gedaagde rechtmatig is subsidiair

subsidiair:
Te verklaren voor recht hetgeen primair gevorderd is, onder toevoeging van zodanige modaliteiten als de Rb. zou vermenen te behoren'.

Na verweer van Ciba-Geigy heeft de Rb. bij vonnis van 12 jan. 1981 eisers in hun vordering niet-ontvankelijk verklaard.

Van dit vonnis zijn dokter Nijs, apotheker Jansen en het Ziekenfonds in hoger beroep gekomen bij het Hof 's-Gravenhage. Zij verlangden vernietiging van het vonnis en alsnog toewijzing van hun vorderingen, waarvan zij de primaire vordering sub 2 hebben aangevuld aldus dat na 'recept' wordt ingevoegd: 'in een verpakking, waarop het woord Tanderil niet voorkomt'. Nijs c.s. hebben zeven grieven tegen het vonnis aangevoerd. Ci-

ba-Geigy heeft die grieven bestreden en harerzijds tegen voormeld vonnis incidenteel geappelleerd onder aanvoering van twee grieven. Laatstbedoelde grieven zijn door Nijs c.s. bij conclusie van antwoord in incidenteel beroep bestreden.

Bij arrest van 28 april 1982 heeft het Hof de hierna genoemde vragen van uitleg gesteld.

Overwegende dat het Hof de feiten waarop de door het Benelux-Hof te geven uitleg moet worden toegepast, als volgt heeft omschreven:

a. Ciba-Geigy is in de Benelux rechthebbende op het merk Tanderil voor geneesmiddelen. Ciba-Geigy verhandelt onder dat merk een dragee 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 vermeldt: '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 (productie 5 bij acte-verzoek d.d. 1 dec. 1980 van Nijs c.s.). Op bladzijde 98 wordt als 'chemisch identiek' (zie bladzijde 7 bovenaan) aan Tanderil-dragées vermeld: 'Oxyfenbutazon dragees'.

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 Gerechtshof 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.

Overwegende dat het Gerechtshof voorts heeft beslist

- (1) dat ingeval recepten als hiervoor onder b. bedoeld veelvuldig worden uitgeschreven, de kans aanzienlijk is dat zulks ertoe leidt dat de onderscheidende kracht van het merk Tanderil ernstig wordt aangetast, mogelijk-kerwijs zelfs in zodanige mate dat Tanderil tot de in het normale spraakgebruik gebruikelijke benaming voor oxyfenbutazon wordt, door welke aantasting Ciba-Geigy schade lijdt in de zin van art. 13 onder A eerste lid aanhef en onder 2 Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken;

- (2) dat dokter Nijs voor zijn gedrag geen 'geldige redenen' heeft in de zin van evenvermelde bepaling;

TEN AANZIEN VAN HET VERLOOP VAN HET GEDING:

Overwegende dat het Hof 's-Gravenhage het Benelux-Gerechtshof verzoekt de volgende vragen betreffende de uitleg van de Eenvormige Beneluxwet op de warenmerken (BMW) te willen beantwoorden:

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 aangeduid met een merk, 'gebruikt' dan die arts het merk 'voor waren', een en ander in de zin van art. 13 onder A lid 1 van genoemde wet?

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

III. Indien vraag II bevestigend wordt beantwoord: gebruikt de arts het merk dan 'in het economisch verkeer' in de zin van genoemd art. 13 onder A lid 2?

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 houder 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 merk-geneesmiddel 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 art. 13 onder A lid 1 van meergenoemde wet?

Overwegende dat het Hof overeenkomstig art. 6 lid 5 Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof aan de ministers van Justitie van België, van Luxemburg en van Nederland een door de griffier voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van het arrest van het Hof te 's-Gravenhage heeft gezonden;

Overwegende dat het Hof pp. in de gelegenheid heeft gesteld schriftelijke opmerkingen over de door het Hof 's-Gravenhage gestelde vragen, waarvan zowel door dokter Nijs, apotheker Jansen en het Ziekenfonds (hierna ook gezamenlijk aan te duiden als Nijs c.s.) als door Ciba-Geigy gebruik is gemaakt door het indienen van een memorie, waarna zowel Nijs c.s. als Ciba-Geigy nog een antwoord-memorie hebben ingediend;

Overwegende dat Nijs c.s. heeft aangevoerd, kort samengevat, dat uit het arrest van het Hof van 29 juni

1982 in de zaak A 81/5 (Hagens en Jacobs/Niemeijer) alsmede uit de strekking en de geschiedenis van art. 13 onder A eerste lid BMW voortvloeit dat de vragen I, II en IV ontkennend moeten worden beantwoord, terwijl vraag III geen beantwoording behoeft;

Overwegende dat Ciby-Geigy heeft aangevoerd, kort samengevat, dat vraag I bevestigend moet worden beantwoord omdat de arts het merk gebruikt 'voor waren' in de zin van art. 13 onder A eerste lid aanhef en onder 1 BMW; dat, voor geval vraag I ontkennend moet worden beantwoord, vraag II bevestigend moet worden beantwoord omdat in elk geval sprake is van 'elk ander gebruik' van het merk door de arts; dat, gezien de plaats welke de arts inneemt in de distributieketen van slechts op recent verkrijgbare geneesmiddelen, ook vraag III bevestigend moet worden beantwoord; dat ook vraag IV bevestigend moet worden beantwoord omdat de apotheker het merk in elk geval gebruikt 'voor waren' in voormelde zin;

Overwegende dat ter zitting van het Hof van 28 maart 1983 de standpunten van Nijs c.s. en Ciba-Geigy mondeling werden toegelicht en wel namens Nijs c.s. door Mr. D.W.F. Verkade, advocaat te Amsterdam, Mr. L. van Bunnem, advocaat te Brussel en Mr. E. Arendt, advocaat te Luxemburg en namens Ciba-Geigy door Mr. H.G.T.J. Jansen, advocaat te 's-Gravenhage en Mr. A. Braun, advocaat te Brussel;

Overwegende dat het Hof, toen viel te voorzien dat het niet over de zaak zou kunnen oordelen in dezelfde samenstelling als waarin het de pleidooien had aangehoord, ter zitting van het Hof van 24 okt. 1983 aan pp. de vraag heeft voorgelegd of zij de zaak deswege opnieuw wilden doen bepleiten dan wel er mee instemden dat het Hof de zaak op basis van de gewisselde gedingstukken, de reeds overgelegde pleitnota's daaronder begrepen, zou berechten in de samenstelling zoals deze ten dage der beraadslaging zou zijn gewijzigd, welke vraag pp. eenstemmig in laatstbedoelde zin hebben beantwoord;

Overwegende dat de A-G Berger op 6 febr. 1984 zijn conclusie heeft ingediend;

Overwegende ten aanzien van het recht:

Ten aanzien van de vragen te zamen:

Overwegende dat de vragen alle betreffen de uitleg van art. 13 onder A eerste lid BMW;

dat het Hof in zijn arrest van 29 juni 1982 in de zaak A 81/5 (Hagens Transporten) dienaangaande heeft overwogen dat onder 'gebruik van het merk of van een overeenstemmend teken' in de zin van deze bepaling 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.*

dat deze omschrijving moet worden begrepen in verband met de in genoemd arrest ontkennend beantwoorde vraag of een 'bloot-vervoerder', op grond van de omstandigheid dat de door hem vervoerde goederen zijn voorzien van een merk, dat merk in voormelde zin gebruikt, voor welke beantwoording beslissend was dat, nu de 'bloot-vervoerder' voor de aanvang van het vervoer met de goederen geen enkele

bemoeienis heeft en dus het merk niet heeft aangebracht, terwijl het gemerkt zijn van de goederen ook overigens voor de bedrijfsvoering van de 'bloot-vervoerder' slechts louter bijkomstig is, niet gezegd kan worden dat deze zich van dat merk 'bedient';

dat evenwel voormelde omschrijving niet dient te worden opgevat als een uitputtende definitie van merkgebruik waartegen de merkhouder zich op grond van zijn uitsluitend recht kan verzetten;

dat die omschrijving er immers in sommige gevallen toe zou kunnen leiden dat degene die zich in het economisch verkeer zonder geldige reden van een anders merk of van een daarmee overeenstemmend teken bedient onder zodanige omstandigheden, dat daardoor aan de houder van het merk schade kan worden toegebracht, niettemin het verwijt van merkinbreuk zou kunnen ontgaan door aannemelijk te maken dat hij dusdoende niet beoogt de afzet van zijn eigen handelwaren of diensten te bevorderen, wat zou betekenen dat door meerbedoelde omschrijving met name aan de in art. 13 onder A eerste lid onder 2 neergelegde bescherming van de merkhouder een beperking zou zijn gesteld die in de tekst van die bepaling geen steun vindt, hetgeen niet kan worden aanvaard;

dat voormelde omschrijving daarom aldus moet worden opgevat dat voor de toepassing van art. 13 onder A eerste lid onder 1 de woorden 'gebruik voor de waren' zien op het zich van een merk of teken bedienen met betrekking tot de eigen waren, terwijl voor de toepassing van het in dit artikellid, onder 2, bepaalde onder 'elk ander gebruik' moet worden verstaan zich van een merk of teken bedienen 'in het economisch verkeer' in de zin van deze bepaling.

dat het in dit verband van belang is eraan te herinneren dat met name de in art. 13 onder A eerste lid onder 2 aan de merkhouder toegekende bevoegdheid zéér ruim is geformuleerd, immers bescherming verleent tegen 'elk ander gebruik', en — gelijk blijkt uit het Gemeenschappelijk Commentaar — ertoe strekt om de merkhouder door een uitbreiding van de bescherming die de voorheen bestaande wetgevingen hem toekenden, beter dan vroeger in staat te stellen zich op grond van zijn uitsluitend recht op het merk te verzetten tegen 'feiten die een werkelijke en ongerechtvaardigde inbreuk op het merkrecht vormen';

dat genoemde bepaling deze bescherming uitsluitend daardoor beperkt dat het gebruik waardoor de merkhouder schade kan worden toegebracht, 'zonder geldige reden' moet plaatsvinden 'in het economisch verkeer'; dat hier geen uitputtende beschrijving behoeft te worden gegeven van het begrip 'in het economisch verkeer' omdat voor deze zaak voldoende is vast te stellen dat in beginsel sprake is van zich van een merk of teken bedienen 'in het economisch verkeer' indien zulks — anders dan met een uitsluitend wetenschappelijk doel — plaatsvindt in het kader van een bedrijf, van een beroep of van enige andere — niet in de particuliere sfeer verrichte — activiteit waarmee economisch voordeel wordt beoogd;

Ten aanzien van de vragen I, II en III (betrekking hebbend op de arts):

Overwegende dat de vragen I, II en III het in vraag I omschreven gedrag van de arts betreffen en daarom tezamen zullen worden besproken;

Overwegende dat een praktiserend arts — huisarts of specialist —, die in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt door de apotheker af te leveren geneesmiddel een merk van een farmaceutische spécialité bezigt, zich niet van dat merk bedient met betrekking tot zijn eigen, door hem verhandelde waren;

dat daarom deze arts van dat merk alsdan niet in de zin van art. 13 onder A eerste lid aanhef en onder 1, gebruik maakt 'voor de waren (...)';

Overwegende dat hij zich alsdan echter wèl in het kader van zijn beroep van dat merk bedient;

dat immers het aanduiden van het aan de patiënt af te leveren geneesmiddel het doel is van het uitschrijven van een recept en het uitschrijven van recepten een wezenlijk onderdeel vormt van de door een praktiserend arts in het kader van zijn beroep aan zijn patiënten verleende diensten, voor welke verrichting, gelijk het Hof 's-Gravenhage in zijn vraagstelling doet uitkomen, het honorarium dat de arts voor zijn diensten ontvangt, mede de beloning vormt;

dat daaruit, mede in verband met hetgeen hiervoor ten aanzien van alle vragen tezamen werd overwogen, volgt dat wanneer een praktiserend arts in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt af te leveren geneesmiddel een merk van een farmaceutische spécialité bezigt, sprake is van 'ander gebruik' van dat merk in de zin van art. 13 onder A eerste lid aanhef en onder 2 BMW;

Overwegende voorts dat, gelijk mede uit het ten aanzien van alle vragen tezamen overwogene volgt, de omstandigheid dat de arts zich aldus van het merk bedient in het kader van de uitoefening van zijn beroep, in beginsel tot de slotsom leidt dat dit gebruik plaats heeft 'in het economisch verkeer' in de zin van evengenoemde bepaling;

dat te dezen geen reden is anders te oordelen, te minder omdat de arts, gezien de voorschriften die afgifte van bepaalde geneesmiddelen anders dan op recept van een arts verbieden, een wezenlijke schakel vormt in de distributieketen van geneesmiddelen;

dat dit laatste ook daaruit kan blijken dat enerzijds fabrikanten van farmaceutische spécialité's een belangrijk deel van hun verkoopbevorderende activiteiten juist op de artsen richten, terwijl anderzijds zij die, gelijk het in deze zaak betrokken ziekenfonds, er belang bij hebben de kosten van de geneesmiddelenvoorziening te drukken, voor hun streven naar kostenbesparing door het bevorderen van de afzet van de veelal goedkopere vervangende geneesmiddelen (de zogenaamde loco's) de medewerking van juist de artsen inroepen;

Overwegende dat uit het vorenoverwogene volgt dat vraag I ontkennend, de vragen II en III daarentegen bevestigend moeten worden beantwoord;

Ten aanzien van vraag IV (betrekking hebbend op de apotheker):

Overwegende dat wie bij aflevering van zijn eigen, aan die van de merkhouder gelijksoortige waren het merk van de merkhouder uitdrukkelijk, schriftelijk of monde-

ling, bezigt en daardoor bij zijn afnemer de onjuiste indruk wekt dat het geleverde van de merkhouder afkomstig is, zich aan merkinbreuk schuldig maakt, immers van het merk gebruik maakt voor soortgelijke waren in de zin van art. 13 onder A eerste lid aanhef en onder 1 BMW;

dat merkenrechtelijk geen grond bestaat anders te oordelen wanneer in een dergelijk geval degene die aflevert, weliswaar het merk van de merkhouder niet uitdrukkelijk bezigt, maar, ofschoon hij weet of behoort te weten dat zijn afnemer op grond van andere omstandigheden zal menen dat het geleverde van de merkhouder afkomstig is, nalaat die onjuiste indruk tegen te gaan door mede te delen of anderszins duidelijk te maken dat hij een andere waar aflevert;

dat reeds onder één der voorheen bestaande wetgevingen (de Nederlandse) werd aangenomen dat in laatstbedoeld geval sprake was van merkinbreuk, immers van stilzwijgend gebruik van het merk, terwijl onder de andere wetgevingen zodanig handelen op grond van het gemene recht als onrechtmatig kon worden beschouwd;

dat om deze redenen moet worden aanvaard dat ook onder de BMW in zodanig geval sprake is van gebruik maken van het merk voor soortgelijke waren, in de zin van art. 13 onder A eerste lid aanhef en onder 1 van die wet;

Overwegende dat uit het hiervoor overwogene volgt dat de apotheker waarvan in vraag ? sprake is, indien hij weet of behoort te weten dat de koper (de patiënt) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept in de mening verkeert dat hem de van de merkhouder afkomstige farmaceutische spécialité wordt geleverd, nalaat die onjuiste indruk tegen te gaan door bij aflevering mede te delen of anderszins aan de koper duidelijk te maken dat hij een loco-geneesmiddel levert, van het merk in de zin van art. 13 onder A eerste lid aanhef en onder 1 BMW gebruik maakt voor zijn aan die van de merkhouder gelijksoortige, doch niet van deze afkomstige waren;

Overwegende dat het Hof 's-Gravenhage evenwel niet heeft vastgesteld dat de apotheker waarvan in vraag ? sprake is, weet of behoort te weten dat de koper (de patiënt) aan wie hij het loco-geneesmiddel aflevert, meent dat hem de van de merkhouder afkomstige farmaceutische spécialité wordt verstrekt;

dat in de feiten waarop de door het Benelux-Gerechtshof te geven uitleg moet worden toegepast, wèl ligt besloten dat de apotheker waarvan in vraag ? sprake is, rekening moet houden met de mogelijkheid dat de koper (de patiënt) aan wie hij het loco-geneesmiddel aflevert, behoort tot — zoals het Gerechtshof het uitdrukt — dat niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten en hun verzorgers dat er belang in stelt te weten welk geneesmiddel aan hen of door hen verzorgden wordt voorgeschreven, dat daarom recepten leest, en dat na lezing van een recept als in vraag ? bedoeld, zal menen dat de van de merkhouder afkomstige farmaceutische spécialité wordt verstrekt; dat met de ruime bescherming welke het eerste lid van art. 13 onder A BMW de merkhouder beoogt te verze-

keren, strookt om te aanvaarden dat de apotheker waarvan in vraag ? sprake is, in evenvermelde mogelijkheid aanleiding behoort te vinden, ter voorkoming van een mogelijk misverstand bij zijn afnemers omtrent de herkomst van het geleverde, bij elke aflevering mede te delen of anderszins aan de koper duidelijk te maken dat hij het loco-geneesmiddel levert, en dat die apotheker, als hij dat nalaat, merkinbreuk pleegt;

Overwegende ten aanzien van de kosten:

Overwegende dat het Hof volgens art. 13 Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof de kosten moet vaststellen, welke op de behandeling voor het Hof zijn gevallen, welke kosten omvatten de honoraria van de raadslieden van pp., voor zover dit in overeenstemming is met de wetgeving van het land waar het bodemgeschil aanhangig is;

dat volgens de Nederlandse wetgeving het salaris van de raadslieden van de pp. wordt begrepen in de kosten welke aan de in het ongelijk gestelde partij in rekening worden gebracht;

dat gelet op het vorenstaande, de kosten op de behandeling voor het Hof gevallen moeten worden bepaald als volgt: voor Nijs c.s. op f 2000 (exclusief BTW) en voor Ciba-Geigy op f 2000 (exclusief BTW);

Gelet op de conclusie van de A-G Berger van 6 febr. 1984;

Uitspraak doende op de door het Hof 's-Gravenhage bij arrest van 28 april 1982 gestelde vragen;

VERKLAART VOOR RECHT

1. Indien een praktiserend arts - huisarts of specialist – in een recept ter aanduiding van het aan zijn patiënt; door de apotheker af te leveren geneesmiddel een recept van een farmaceutische spécialité bezigt, maakt hij van dat merk niet gebruik in de zin van artikel 13A, eerste lid, aanhef en onder 1, BMW, doch wél gebruik in de zin van deze bepaling onder 2; dit gebruik vindt plaats in het economisch verkeer in de zin van laatstgenoemde bepaling.

2. Indien een apotheker op een recept, waarin de aanwijzing nopens het af te leveren geneesmiddel bestaat uit het merk van een farmaceutische spécialité in verbinding met termen of tekens waaruit blijkt dat de arts toestemt in aflevering van een vervangend geneesmiddel (loco), aan de patiënt een geneesmiddel aflevert dat niet afkomstig is van de houder van het op het recept vermelde merk, en, ofschoon hij rekening moet houden met de mogelijkheid dat de koper (de patiënt) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept zal menen dat hem de van de merkhouder afkomstige farmaceutische spécialité wordt verstrekt, nalaat bij aflevering mede te delen of anderszins duidelijk te maken dat hij het loco-geneesmiddel levert, maakt de apotheker gebruik van het merk in de zin van artikel 13A, eerste lid, aanhef en onder 1, BMW.

Uitspraak doende omtrent de op de behandeling voor het Benelux Gerechtshof gevallen kosten :

Bepaalt die kosten :

voor Nijs c.s. op 2.000 gulden (exclusief B.T.W.) ;

voor Ciba-Geigy op 2.000 gulden (exclusief B.T.W.).

Aldus gewezen door de Heren Mr Ch.M.J.A. Moons, President, R. Thiry, Eerste Vice-President, R. Janssens, Tweede Vice-President, Mr H.E. Ras, R. Soetaert, F. Hess, mevrouw J. Rouff, de Heren O. Stranard en Mr S.K. Martens, Rechters ;

Conclusie Advocaat-Generaal Berger

(...)

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 ? 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 art. 13 onder A lid 1 BMW. 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 vermag 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 onder A 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 aangeduid met een merk, 'gebruikt' dan die arts het merk 'voor waren', een en ander in de zin van art. 13 onder A lid 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 beperk 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 Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, S & J no. 129-?-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°. het genezen, lenigen of voorkomen van enige aandoening, ziekte, ziekteverschijnsel, pijn, verwonding of gebrek bij de mens,
- 2°. het herstellen, verbeteren of wijzigen van het functioneren van organen bij de mens,
- 3°. 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 geïdentificeerd, 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.

Eenzijds 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 betreffende geneesmiddel op het recept aanduidt met een merk, dat merk 'gebruikt voor waren' als bedoeld in art. 13 onder A lid 1 BMW. Dienovereenkomstig zal de eerste vraag ontkennend moeten worden beantwoord.

9. Voor een ontkennend 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 art. 13 onder 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, p. 40) (NJ 1982, 624 m.nt. LWH; Red.). 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 art. 13 onder A lid 1 en 2 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 ? — het arrest van Uw Hof van 2 febr. 1983 (Research/Chrompack, A 82/1, NJ 1983, 450 — m.nt. LWH — BIE 1984, p. 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 art. 13 onder A lid 2, BMW.

10. Wanneer men nu met Van Nieuwenhoven Helbach ('Nederlands handels- en faillissementsrecht' ? Industriële eigendom en mededingingsrecht — 1983 — nr. 742) de door Uw Hof afgegeven interpretatie van 'gebruik' in art. 13 onder A aldus ontleedt, dat daaronder in art. 13 onder A lid 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 onder A lid 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 onder A lid 1. Tegen de achtergrond van voormelde arresten (waaraan ik nog kan toevoegen het arrest van 27 jan. 1981 (Turmac/Reynolds, A 80/1, Jurisprudentie 1980-1981, p. 23 (NJ 1981, 333; Red.) ter zake van 'enig normaal gebruik' in de zin van art. 5 lid 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 regeland 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 merk-geneesmiddelen in het handelsverkeer een primaire rol, maar dit kan hem niet maken tot gebruiker van een merk in de zin als in vraag ? 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 onder A. Het Hof heeft deze opvatting op niet mis te verstane wijze van de hand gewezen.

Baumbach-Hefermehl ('Warenzeichenrecht' — 1979 — p. 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 onder A lid 1, omdat dit gebruik, zoals gezegd, geen betrekking heeft op eigen (handels- of fabrieks-)waren, maar slechts als alternatief naast het merk-geneesmiddel stelt de daarin vervatte werkzame stof(fen). De samenstelling van alle merk-geneesmiddelen 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 merk-geneesmiddel na te maken en hetzelfde merkloos of onder een ander merk te verhandelen.

Kort gezegd: (in de zaak 82/2) Ciba-Geigy heeft als merkhouder van 'Tanderil' geen monopolie op de verhandeling van 'Oxyfenbutazon'; (in de zaak 82/3) Gist-Brocades heeft als merkhouder van 'Cyclospas-mol' en 'Disipal' geen monopolie op de verhandeling van respectievelijk 'cyclandelaat' en 'orphenadrine HCl'. (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 nov. 1982 (RW 1983, p. 718), waarin geoorloofd is geacht een advertentie in een vak-tijdschrift 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 onder A lid 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 handelswaren 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 inzake 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 artsnijbereidkunst en de geneesmiddelenvoorziening;
- e. een apotheker of een apotheekhoudend geneeskundige ter bereiding en/of ter aflevering.' (Merkus 'Het voorschrijven van geneesmiddelen' — 1979 — p. 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 onder A lid 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 onder A lid 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 (i.c.) een daaraan ge-

lijkwaardig 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 art. 13 onder A lid 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 naar een apotheek 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 merkhouder 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 onder A lid 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 merkhouder 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 ? vermelde (reeds eerder genoemde) 'protargolarrest' (HR 10 jan. 1936, NJ 1936, 79, m.nt. 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 HR heeft o.m. overwogen:

dat de wettelijke bescherming van het woordmerk 'protargol' van de Farbenindustrie voor zilverproteïne medebrengt, 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 Kruijsse 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 patiëntkoper 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 HR een eenvoudige mededeling van de zijde van de apotheker de rechten van de merkhouders 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.