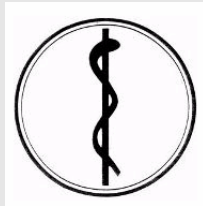


Hoge Raad, 20 januari 1989, Tanderil**MERKENRECHT****Geldige reden****Informatievoorziening aan apotheker en patiënt geen geldige reden**

Niet kan worden gezegd dat deze omstandigheden kunnen leiden tot een 'noodzaak' het merk te gebruiken in de boven weergegeven zin, terwijl evenmin enig aanknopingspunt bestaat voor de opvatting dat in een geval als het onderhavige voor het aanvaarden van een 'geldige reden' een andere maatstaf dan de aanwezigheid van een zodanige noodzaak aangelegd zou moeten worden. Het onderdeel doet in dit verband mede beroep op het 'grondrecht op informatievrijheid', zulks in verband met de stelling van Nijs c.s. dat Nijs met de door hem bedoelde inkleding van het recept 1e. de apotheker wil informeren dat ook een eventueel goedkoper loco mag worden afgeleverd, en 2e. de patiënt wil informeren dat deze de keuze heeft tussen een merk- en een locomiddel, dat deze middelen gelijkwaardig zijn, en dat dus — behoudens diens eigen voorkeur — de patiënt met het locomiddel, indien goedkoper, een in beginsel gelijkwaardige medicatie krijgt tegen een voor hemzelf c.q. zijn ziekenfonds c.q. zijn verzekeraar voordeliger prijs. Voorts beroept het onderdeel zich in dit verband op alle door Nijs c.s. eerder aangevoerde 'in hun onderlinge samenhang te wegen argumenten voor het bestaan van een geldige reden'. Ook dit onderdeel kan niet tot cassatie leiden. Voorop moet worden gesteld dat — zoals het **BenGH in zijn voormelde uitspraak van 9 juli 1984** in verband met de toen te beantwoorden vragen heeft overwogen — 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. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat het **BenGH in zijn uitspraak van 1 maart 1975, NJ 1975, 472**, naar aanleiding van de woorden 'geldige reden' in art. 13 onder A eerste lid onder 2 heeft overwogen — kort samengevat — dat het karakter van het recht op een merk als 'uitsluitend recht' en de beschermingsomvang die art. 13 daaraan geeft, meebrengen dat de houder van het merk er zich — als regel — tegen kan verzetten dat een en ander in het economisch verkeer van dat merk gebruik maakt onder zodanige omstandigheden dat de merkhouder daardoor schade lijdt; dat dit slechts anders is, indien zulk een gebruik kan worden gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden; dat daartoe evenwel in het algemeen de eis moet worden gesteld dat er voor de gebruiker van het merk 'een zodanige noodzaak be-

staat juist dat teken te gebruiken', dat het van hem in redelijkheid niet kan worden gevegd dat hij zich, niet-tegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouder toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt. Uit deze beide uitspraken, in onderling verband gelezen, moet worden geconcludeerd dan dat de door Nijs c.s. ten processe aangevoerde omstandigheden geen 'geldige reden' in de zin van art. 13 onder A eerste lid onder 2 kunnen opleveren. Al deze omstandigheden kunnen immers slechts dienen ter ondersteuning van het betoog — zoals dit door Nijs c.s. is naar voren gebracht en door het hof tot uitgangspunt is genomen — dat de belangen die Nijs c.s. met hun inkleding van de recepten beogen te dienen, zwaarder behoren te wegen dan de belangen van Ciba bij het voorkomen van het gebruik dat daarbij wordt gemaakt van haar merk. Niet kan worden gezegd dat deze omstandigheden kunnen leiden tot een 'noodzaak' het merk te gebruiken in de boven weergegeven zin, terwijl evenmin enig aanknopingspunt bestaat voor de opvatting dat in een geval als het onderhavige voor het aanvaarden van een 'geldige reden' een andere maatstaf dan de aanwezigheid van een zodanige noodzaak aangelegd zou moeten worden. In een en ander ligt tevens besloten dat hier geen vragen van uitleg van art. 13 BMW rijzen dan zodanige dat omtrent hun beantwoording 'redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan' in de zin van art. 6 lid 4 onder 1e Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een BenGH.

Vindplaatsen: NJ 1989, 375, m.nt. Wichers Hoeth

Hoge Raad, 20 januari 1989

(Snijders, De Groot, Hermans, Verburgh, Davids)

1. Drs. Albertus Cornelis Nijs, arts,
2. Drs. Kees Jansen, apotheker, beiden te Schiedam,
3. De Onderlinge Waarborgmaatschappij Algemeen Ziekenfonds Delft-Schiedam-Westland DSW UA, te dezen handelende als rechtsopvolger van de Onderlinge Waarborgmaatschappij Algemeen Ziekenfonds Schiedam-Vlaardingen-Maassluis SVM UA, te Schiedam, eisers tot cassatie, incidenteel verweerders, adv. Mr. A.G. Maris, tegen
Ciba-Geigy AG (SA Limited), te Bazel (Zwitserland), verweerster in cassatie, incidenteel eiseres, adv. Mr. H.G.T.J. Jansen.

1. Het geding in feitelijke instanties

Eisers tot cassatie, nader te noemen Nijs c.s., hebben bij exploit van 15 juli 1980 verweerster in cassatie, nader te noemen Ciba-Geigy of Ciba op verkorte termijn gedagvaard voor de Rb. te Rotterdam en gevorderd dat door deze Rb. zal worden verklaard, dat:

1. Het uitschrijven van een recept door eiser sub 1 met 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 jens Ciba-Geigy rechtmatig is;

2. dat het afleveren van eiser sub 2 van oxyfenbutazon, corresponderend op de onder 1 bedoelde geaccordeerde lijst met Tanderil, naar aanleiding van de presentatie door een patient van een onder 1 bedoeld recept jegens Ciba-Geigy rechtmatig is;

3. dat 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 jegens Ciba-Geigy rechtmatig is.

Nadat Ciba-Geigy tegen die vorderingen verweer had gevoerd, heeft de Rb. bij vonnis van 12 jan. 1981 Nijs c.s. in hun vorderingen niet-ontvankelijk verklaard.

Tegen dit vonnis hebben Nijs c.s. hoger beroep ingesteld bij het Hof te 's-Gravenhage. Waarna Ciba-Geigy incidenteel beroep heeft ingesteld.

Bij arrest van 9 jan. 1987 heeft het hof, nadat het bij tussenarrest van 28 april 1982 een aantal vragen aan het BenGH had gesteld en het BenGH deze vragen bij zijn uitspraak van 9 juli 1984 had beantwoord, zowel in het principaal als in het incidenteel appel, het vonnis van de Rb. bekrachtigd.

Beide arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de arresten van het hof hebben Nijs c.s. beroep in cassatie ingesteld, waarna Ciba-Geigy (voorwaardelijk) incidenteel beroep heeft ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie houdende het (voorwaardelijk) incidenteel beroep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Pp. hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van de beroepen.

De zaak is voor pp. toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de A-G Strikwerda strekt tot verwerping van het principaal beoep.

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep

3.1. Het eerste onderdeel faalt. Nijs c.s. hebben zich eerst bij pleidooi in hoger beroep op rechtsverwerking beroepen. Het hof is in zijn eindarrest kennelijk aan dit beroep voorbijgegaan, omdat het een grief betreft, die naar 's hofs oordeel niet in de memorie van grieven naar voren was gebracht. Het behoefde dit in het licht van de gedingstukken niet uitdrukkelijk te motiveren.

Daaraan doet niet af dat op veel van de feiten die aan het beroep op rechtsverwerking ten grondslag zijn gelegd, eerder in ander verband een beroep is gedaan, zoals blijkt uit de in het onderdeel geciteerde vindplaatsen.

3.2. Ook het tweede onderdeel wordt tevergeefs voorgesteld. Het hof heeft met de woorden dat het 'aan enige bewijslevering geen behoefte heeft', voorkomend in r.o. 9 van 's hofs tussenarrest, kennelijk bedoeld dat het bewijsaanbod dat het hof in die rechtsoverweging op het oog had, niet ter zake dienende was. Mede in het licht van wat hierna ter zake van het derde onderdeel zal worden overwogen, geeft dat oordeel niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij moet ervan worden uitgegaan dat aan het hof uit de overgelegde producties en de stellingen van pp. reeds bekend was welke merknamen en welke soortnamen door Nijs c.s. aan hun betoog ten grondslag waren gelegd en dat het

aangeboden bewijs slechts betrekking had op de vraag hoe bezwaarlijk het voor de artsen zou zijn om, met het oog op de door Nijs c.s. ingeroepen belangen, in plaats van de merknamen de soortnamen te bezigen. 's Hofs in r.o. 9 vervatte oordeel behoefde, opgevat als hiervoor weergegeven, ook geen nadere motivering.

3.3. Het derde onderdeel betreft de verwerping door het hof in zijn beide arresten van het beroep dat door Nijs c.s. is gedaan op het hebben van een 'geldige reden' in de zin van art. 13 onder A eerste lid onder 2 BMW.

Het onderdeel doet in dit verband mede beroep op het 'grondrecht op informatievrijheid', zulks in verband met de stelling van Nijs c.s. dat Nijs met de door hem bedoelde inkleding van het recept 1e. de apotheker wil informeren dat ook een eventueel goedkoper loco mag worden afgeleverd, en 2e. de patient wil informeren dat deze de keuze heeft tussen een merk- en een locomiddel, dat deze middelen gelijkwaardig zijn, en dat dus — behoudens diens eigen voorkeur — de patient met het locomiddel, indien goedkoper, een in beginsel gelijkwaardige medicatie krijgt tegen een voor hemzelf c.q. zijn ziekenfonds c.q. zijn verzekeraar voordeliger prijs. Voorts beroept het onderdeel zich in dit verband op alle door Nijs c.s. eerder aangevoerde 'in hun onderlinge samenhang te wegen argumenten voor het bestaan van een geldige reden'.

Ook dit onderdeel kan niet tot cassatie leiden.

Voorop moet worden gesteld dat — zoals het BenGH in zijn voormelde uitspraak van 9 juli 1984 in verband met de toen te beantwoorden vragen heeft overwogen — 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. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat het BenGH in zijn uitspraak van 1 maart 1975, NJ 1975, 472, naar aanleiding van de woorden 'geldige reden' in art. 13 onder A eerste lid onder 2 heeft overwogen — kort samengevat — dat het karakter van het recht op een merk als 'uitsluitend recht' en de beschermingsomvang die art. 13 daaraan geeft, meebrengen dat de houder van het merk er zich — als regel — tegen kan verzetten dat een ander in het economisch verkeer van dat merk gebruik maakt onder zodanige omstandigheden dat de merkhouder daardoor schade lijdt; dat dit slechts anders is, indien zulk een gebruik kan worden gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden; dat daartoe evenwel in het algemeen de eis moet worden gesteld dat er voor de gebruiker van het merk 'een zodanige noodzaak bestaat juist dat teken te gebruiken', dat het van hem in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij zich, niet-tegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouder toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt.

Uit deze beide uitspraken, in onderling verband gelezen, moet worden geconcludeerd dat de door Nijs c.s. ten processe aangevoerde omstandigheden geen 'geldige reden' in de zin van art. 13 onder A eerste lid onder 2 kunnen opleveren. Al deze omstandigheden kunnen immers slechts dienen ter ondersteuning van het betoog — zoals dit door Nijs c.s. is naar voren gebracht en door het hof tot uitgangspunt is genomen —

dat de belangen die Nijs c.s. met hun inkleding van de recepten beogen te dienen, zwaarder behoren te wegen dan de belangen van Ciba bij het voorkomen van het gebruik dat daarbij wordt gemaakt van haar merk. Niet kan worden gezegd dat deze omstandigheden kunnen leiden tot een 'noodzaak' het merk te gebruiken in de boven weergegeven zin, terwijl evenmin enig aanknopingspunt bestaat voor de opvatting dat in een geval als het onderhavige voor het aanvaarden van een 'geldige reden' een andere maatstaf dan de aanwezigheid van een zodanige noodzaak aangelegd zou moeten worden. In een en ander ligt tevens besloten dat hier geen vragen van uitleg van art. 13 BMW rijzen dan zodanige dat omtrent hun beantwoording 'redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan' in de zin van art. 6 lid 4 onder 1e Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een BenGH.

3.4. Het vierde onderdeel heeft betrekking op de verklaring van Nijs c.s. na de uitspraak van het BenGH, dat zij — in de bewoordingen van r.o. 9 van 's hofs eindarrest — bereid zijn 'maatregelen te treffen ter voorkoming van kans op verwateringsschade en van misverstand bij het publiek'. Het hof heeft het beroep van Nijs c.s. op deze bereidverklaring verworpen op o.m. de zelfstandig dragende grond dat Nijs c.s. niet hebben gesteld welke maatregelen dokter Nijs en apotheker Jansen willen nemen, terwijl zij evenmin hun vorderingen tot verklaring voor recht aan hun nieuwe stelling hebben aangepast. Blijkens r.o. 15 van 's hofs eindarrest heeft het hof in dit verband kennelijk onvoldoende geacht dat subs. gevorderd wordt 'hetgeen primair gevorderd is, onder toevoeging van zodanige modaliteiten als den hove zou vermenen te behoren', zulks kennelijk ook hier mede in het licht van het ontbreken van enige precisering van de maatregelen die Nijs c.s. voor ogen hebben.

Door op deze gronden het beroep van Nijs c.s. op de voormelde bereidverklaring te verwerpen heeft het hof geen rechtsregel geschonden, terwijl 's hofs beslissing op dit punt ook geen nadere motivering behoeft. Het vierde onderdeel stuit hierop in al zijn klachten af.

3.5. Het vijfde onderdeel komt op tegen 's hofs verwerping van het betoog van Nijs c.s. dat tengevolge van de receptformules van Nijs geen schade aan Ciba kan worden toegebracht in de zin van art. 13 A eerste lid onder 2 BMW. 's Hofs oordeel op dit punt is feitelijk van aard en behoefde geen nadere motivering, ook niet in het licht van de in het onderdeel gereleveerde, door Nijs c.s. aangevoerde omstandigheden. Voor zover het onderdeel onder c en d betoogt dat de in de toekomst te verwachten schade onvoldoende 'gewichtig' is of in onvoldoende causaal verband zal staan met het gebruik van de merknaam in de recepten, dan wel niet aan Nijs c.s. is 'toe te rekenen', stuit het af op 's hofs kennelijk oordeel dat dit anders is, welk oordeel zo zeer is verweven met feitelijke waarderingen dat het in cassatie op zijn juistheid kan worden getoetst, en in het licht van de gedingstukken geen afzonderlijke motivering behoeft. Ook het vijfde onderdeel wordt derhalve vergeefs voorgesteld.

3.6. Het zesde onderdeel komt met een reeks klachten op tegen 's hofs vaststelling van de feiten, die het hof in zijn tussenarrest aan zijn tot het BenGH gerichte vragen ten grondslag heeft gelegd. Deze klachten falen, nu zij opkomen tegen oordelen van feitelijke aard, die in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk zijn en geen nadere motivering behoeft.

3.7. Het zevende onderdeel gaat ervan uit dat het hof in zijn tussenarrest de onjuiste suggestie heeft gewekt dat een arts — als dokter Nijs in dit geval — voor de verrichting van het afgeven van recepten een honorarium ontvangt, en dat deze suggestie van invloed is geweest op de uitspraak van het BenGH. Uit r.o. 4.2 van het BenGH blijkt evenwel dat dit niet het slachtoffer van deze — inderdaad onjuiste — suggestie is geworden; in die rechtsoverweging wordt in dit verband immers gesproken van een verrichting die 'een wezenlijk onderdeel' vormt van de door een praktizerend arts in het kader van zijn beroep verleende 'diensten' en waarvoor het honorarium dat de arts voor zijn 'diensten' ontvangt, 'mede' de beloning vormt. Het onderdeel faalt daarom bij gebrek aan feitelijke grondslag.

3.8. Nu het middel in het principale beroep faalt, komen de middelen in het incidentele beroep niet aan de orde.

4. Beslissing

De HR:

verwerpt het principale beroep;

veroordeelt Nijs c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Ciba begroot op f 456,30 aan verschotten en f 2500 voor salaris.

Conclusie Advocaat-Generaal Strikwerda

(...)

1.5. Bij arrest van 9 juli 1984 (nr. A 82/2), NJ 1985, 101 verklaarde het BenGH voor recht:

'1. Indien een praktiserend arts — huisarts of specialist — in een recept ter aanduiding van het aan zijn patient door de apotheker af te leveren geneesmiddel een merk van een farmaceutische specialite bezigt, maakt hij van dat merk niet gebruik in de zin van art. 13 A eerste lid aanhef en onder 1 BMW; doch wel 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 specialite in verbinding met termen of tekens waaruit blijkt dat de arts toestemt in aflevering van een vervangend geneesmiddel (loco), aan de patient 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 patient) ten gevolge van lezing van het door hem aan de apotheker aangeboden recept zal menen dat hem de van de merkhouder afkomstige farmaceutische specialite 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 art. 13 A eerste lid aanhef en onder 1 BMW.’

1.6. Bij eindarrest van 9 jan. 1987 bekrachtigde het hof het vonnis in eerste aanleg door de Rb. gewezen.

1.7. Nijs c.s. zijn tegen de arresten van het hof van 28 april 1982 en 9 jan. 1987 (tijdig) in cassatie gekomen met een middel bestaande uit zeven (hoofd-)onderdelen. Ciba-Geigy heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Voorts heeft zij van haar kant (voorwaardelijk) incidenteel cassatieberoep ingesteld met twee, uit verscheidene onderdelen opgebouwde middelen. Daartegen hebben Nijs c.s. verweer gevoerd met conclusie tot niet-ontvankelijkverklaring van Ciba-Geigy in haar cassatieberoep, althans tot verwerping van dat beroep.

2. Bespreking van het middel in het principaal cassatieberoep

2.1. Onderdeel 1

2.1.1. Het eerste onderdeel verwijt het hof het beroep van Nijs c.s. op rechtsverwerking door Ciba-Geigy te hebben verworpen, althans daarop niet voldoende gemotiveerd te hebben beslist.

2.1.2. Nijs c.s. hebben zich eerst bij pleidooi in hoger beroep op rechtsverwerking door Ciba-Geigy beroepen (par. 10 pleitnota in hoger beroep). Het hof heeft zonder schending van het recht aan dit beroep voorbij kunnen gaan, aangezien de appelrechter in beginsel slechts heeft te oordelen over behoorlijk in het geding naar voren gebrachte bezwaren en grieven tegen het vonnis waarvan beroep. Voor de vraag wanneer grieven en bezwaren als behoorlijk naar voren gebracht kunnen gelden, zo leert het arrest van Uw Raad van 11 nov. 1983, NJ 1984, 298, dient mede maatstaf te zijn of de wederpartij daarop naar behoren heeft kunnen antwoorden. Die wederpartij nu, mag er op grond van art. 347 lid 1 Rv bij de inrichting van haar verweer vanuit gaan, dat de omvang van de rechtsstrijd in appel door de memorie van grieven is vastgelegd. In beginsel kan dan ook niet worden aanvaard dat de rechter nog acht slaat op grieven en bezwaren die eerst bij pleidooi zijn aangevoerd, tenzij de wederpartij ondubbelzinnig erin heeft toegestemd dat die grieven en bezwaren alsnog in de rechtsstrijd worden betrokken. Zie ook HR 13 maart 1987, NJ 1987, 679.

2.1.3. Nu uit de gedingstukken niet blijkt dat Ciba-Geigy erin heeft toegestemd dat het beroep van Nijs c.s. op rechtsverwerking alsnog in de rechtsstrijd tussen pp. zou worden betrokken, heeft het hof daaraan voorbij kunnen gaan.

2.1.4. Hieraan kan niet afdoen dat Nijs c.s. in de conclusie van eis in hoger beroep in de toelichting op grief VII (‘Ten onrechte heeft de Rb. appellanten niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen’) zich hebben voorbehouden nog andere gronden voor vernietiging van het vonnis van de Rb. aan te voeren en zich bij pleidooi ‘via de poort’ van deze grief alsnog op rechtsverwerking door Ciba-Geigy hebben beroepen. Ook bij deze wijze van handelen blijft de wederpartij immers in het ongewisse over de omvang van de

rechtsstrijd in hoger beroep en kan zij niet weten waartegen zij zich heeft te verweren.

2.1.5. Onderdeel 1 moet derhalve falen.

2.2. Onderdeel 2

2.2.1. Het tweede onderdeel keert zich tegen 's hofs beslissing waarbij het bewijsaanbod van Nijs c.s. is gepasseerd.

2.2.2. Nijs c.s. hebben in eerste aanleg bij akte d.d. 1 dec. 1980 een algemeen bewijsaanbod gedaan, blijkens de verwijzing naar hun stellingname in eerste aanleg in de conclusie van eis in hoger beroep hebben zij dit bewijsaanbod gehandhaafd. Bij pleidooi in hoger beroep hebben zij dit bewijsaanbod gepreciseerd ten aanzien van een van hun stellingen betreffende grief V (p. 48 pleitnota in hoger beroep).

2.2.3. Het hof gaat aan het bewijsaanbod van Nijs c.s. voorbij, omdat het ‘aan enige bewijslevering geen behoefte (heeft)’ en omdat, voor zover het gespecificeerde aanbod bewijs door getuigen mocht betreffen, dit aanbod ‘tardief’ is (r.o. 9 van het tussenarrest). Ik begrijp hieruit dat 's hofs beslissing op twee zelfstandig dragende gronden berust: het bewijsaanbod is niet ter zake dienend en bovendien, wat het gespecificeerde aanbod betreft, niet tijdig gedaan.

2.2.4. Uit art. 192 (199 oud) Rv jo. art. 353 Rv volgt dat een partij die een bewijsaanbod doet er in beginsel recht op heeft dat de rechter — ook in hoger beroep — bewijs gelast. Zie de conclusie van A-G mevr. Mr. Biegman-Hartogh voor HR 15 juli 1986, NJ 1986, 766 met veel rechtspraak- en literatuurgegevens. Dit is slechts anders indien het bewijsaanbod ondeugdelijk is, bijv. omdat het te vaag, niet ter zake dienend of niet serieus gemeend is. De beslissing terzake is van feitelijke aard en derhalve, behoudens onbegrijpelijke of anderszins gebrekkige motivering, in cassatie onaanastbaar.

2.2.5. Blijkens de toelichting op dit middelonderdeel verlangden Nijs c.s. met name tot bewijs te worden toegelaten ten aanzien van hun stellingen inzake de kans op schade tengevolge van hun handelwijze en ten aanzien van de ‘geldige reden’.

2.2.6. 's Hofs vaststelling dat schade door de handelwijze van Nijs c.s. te duchten is, berust op een prognose ontleend aan feiten en omstandigheden die door het hof als vaststaand waren aangemerkt (r.o. 8 van het tussenarrest). Derhalve kon het hof, niet onbegrijpelijk, oordelen dat bewijs van de stelling dat geen schade te duchten is overbodig en dus niet ter zake dienend is.

2.2.7. Hetzelfde geldt m.i. ten aanzien van de beslissing van het hof inzake de aanwezigheid van een geldige reden. Die beslissing van het hof berust op een waardering van feiten en omstandigheden die door het hof als tussen pp. vaststaand waren aangemerkt (r.o. 7 van het tussenarrest). Waar het hof kon aannemen dat het (gespecificeerde) bewijsaanbod van Nijs c.s. er slechts toe strekte die waardering aan te vechten door een andere waardering daartegenover te stellen, is niet onbegrijpelijk dat het hof dat bewijsaanbod als niet terzake dienend heeft gepasseerd.

2.2.8. Uit het bovenstaande volgt dat subonderdeel 2.a geen doel kan treffen.

2.2.9. In subonderdeel 2.b wordt betoogd dat het hof in elk geval naar aanleiding van hetgeen in de conclusie na arrest BenGH door Nijs c.s. (nader) is gesteld omtrent afwezigheid van schade en de aanwezigheid van een geldige reden Nijs c.s. alsnog tot bewijs van hun stellingen had moeten toelaten.

2.2.10. Ook dit subonderdeel acht ik niet doeltreffend. Voor zover het al niet vastloopt op hetgeen is opgemerkt onder 2.2.6 en 2.2.7, stuit dit subonderdeel hierop af, dat het op de weg van Nijs c.s. had gelegen hun verlangens tot bewijslevering te worden toegelaten in dat stadium van de procedure kenbaar te maken in een gespecificeerd bewijsaanbod. Nu zij zulks hebben nagelaten heeft het hof, niet onbegrijpelijk, van het alsnog gelasten van getuigenbewijs kunnen afzien.

2.3. Onderdeel 3

2.3.1. Het derde onderdeel van het middel keert zich in zes subonderdelen tegen de beslissing van het hof tot verwerping van het beroep van Nijs c.s. op een geldige reden in de zin van art. 13 A sub 2 BMW jo. het grondrecht van informatievrijheid.

2.3.2. Subonderdeel 3.a behelst een inleiding op subonderdeel 3.b waarin het hof wordt verweten de stelling van Nijs c.s. inzake hun beroep op informatievrijheid in het eindarrest onbesproken te hebben gelaten dan wel niet naar behoren te hebben behandeld.

2.3.3. In par. 14 van de conclusie in hoger beroep na arrest BenGH voeren Nijs c.s. o.m. aan:

‘In aanvulling op al hun eerder, thans opnieuw in hun onderlinge samenhang te wegen, argumenten voor het bestaan van een geldige reden, doen appellanten hierbij uitdrukkelijk beroep op het grondrecht van de informatievrijheid, als gegarandeerd bij art. 10 EVRM en art. 19 IVBP. Aangezien Drs. Nijs geen eigen commercieel oogmerk, maar juist een algemeen volksgezondheids- en consumentenbelang dient, en diens recepten binnen een zeer kleine, besloten kring blijven, terwijl de vermelding van Tanderil daarop als zodanig geen schade beoogt of teweegbrengt aan geïntimeerde, prevaleert zijn fundamentele recht om zijn patiënten zorgvuldig op zijn eigen wijze te informeren en het fundamentele recht van zijn patiënten om dergelijke informatie te ontvangen, boven het merkrecht van geïntimeerde. Een dergelijke afweging van de omvang van het merkrecht tot die van het informatierecht behoort niet tot de vraagstelling of zelfs taakstelling van het BenGH. Uw Hof dient derhalve alsnog de toepassing in concreto van art. 13 A BMW aan deze direct werkende bepalingen van internationale verdragen te toetsen.’

2.3.4. Het hof reageert op dit betoog met de volgende overweging (r.o. 10 van het eindarrest): (enz.; Red.)

2.3.5. Het komt mij voor dat dit oordeel van het hof in cassatie stand kan houden. De uitleg die het hof geeft aan de stellingen van Nijs c.s., is een feitelijk oordeel en als zodanig, behoudens onbegrijpelijkheid, aan toetsing in cassatie onttrokken (laatstelijk HR 25 maart 1988, nr. 13 127). In aanmerking genomen dat het recept in de informatieuitwisseling tussen arts en patient van ondergeschikte en afgeleide betekenis is en primair

als functie heeft een aanwijzing te zijn voor de apotheker nopens de bereiding of de aflevering van een geneesmiddel, komt het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk voor. De in subonderdeel 3.b vervatte klacht is derhalve vruchteloos aangevoerd.

2.3.6. Subonderdeel 3.c moet bij gebreke van belang falen. De aangevallen overweging is niet dragend voor het oordeel van het hof.

2.3.7. Subonderdeel 3.d loopt vast op hetgeen hierboven onder 2.3.5 is opgemerkt. Nu het hof heeft kunnen oordelen dat niet in te zien valt welke informatie aan de patient wordt onthouden, indien Nijs zich van de litigieuze receptformule niet mag bedienen, kon een afweging van de aan Nijs en/of diens patienten toekomende informatievrijheid tegen de merkenrechten van Ciba-Geigy achterwege blijven. Ook dit subonderdeel kan derhalve geen doel treffen.

2.3.8. Subonderdeel 3.e richt zich met twee klachten tegen 's Hofs oordeel neergelegd in r.o. 11 van het eindarrest. Die rechtsoverweging luidt: (enz.; Red.)

2.3.9. De eerste klacht van subonderdeel 3.e verwijt het hof in deze overweging het beroep van Nijs c.s. op informatievrijheid niet te hebben betrokken. Deze klacht strandt op hetgeen hierboven onder 2.3.5 is opgemerkt.

2.3.10. De tweede klacht richt zich tegen 's Hofs verwerping van het betoog van Nijs c.s. inhoudende dat de door het BenGH gegeven uitleg aan het begrip ‘gebruik in het economisch verkeer’ een ‘navenant ruime’ uitleg van het begrip ‘geldige reden’ vergt.

2.3.11. Mij is, evenals kennelijk het hof, niet goed duidelijk geworden wat de strekking van dit betoog van Nijs c.s. is.

2.3.12. In zijn arrest van 1 maart 1975, NJ 1975, 472, m.nt. LWH, heeft het BenGH uitleg gegeven aan het begrip ‘geldige reden’ als bedoeld in art. 13 A sub 2 BMW. Het Hof besliste o.m.:

‘dat het karakter van het recht op een individueel merk als een ‘uitsluitend recht’ en de beschermingsomvang, welke daaraan in art. 13 Wet is gegeven, meebrengen dat de houder van het merk er zich — als regel — tegen kan verzetten, dat in het economisch verkeer door een ander van dat merk of een overeenstemmend teken gebruik wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden dat daardoor aan de merkhouder schade kan worden toegebracht en dat dit slechts anders is, indien zulk een gebruik kan worden gerechtvaardigd door bijzondere omstandigheden, welke daaraan het in beginsel onrechtmatige karakter ontnemen;

dat daartoe in het algemeen de eis moet worden gesteld dat er voor de gebruiker van dat teken een zodanige noodzaak bestaat juist dat teken te gebruiken, dat het van hem in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij zich, niettegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouder toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt, dan wel dat de gebruiker een eigen recht heeft om dat teken te gebruiken en dat recht voor de toepassing van art. 13 A eerste lid sub 2 Wet voor dat van de merkhouder niet behoeft te wijken;’.

De door het Hof aangegeven maatstaf, zo volgt, laat ruimte om telkens in het bijzondere geval af te wegen

of het gebruik van een merk met een geldige reden gerechtvaardigd kan worden.

2.3.13. Het betrekkelijk 'open' karakter van de geldige reden-exceptie brengt m.i. in elk geval met zich mee, dat een mogelijk andere of ruimere uitleg van de andere elementen van art. 13 A sub 2 BMW, zoals met name 'elk ander gebruik' en 'in het economisch verkeer', niet dwingt tot een andere uitleg van die exceptie dan het BenGH in voormeld arrest heeft gegeven. Juist immers de ruimte die wordt gelaten om in het bijzondere geval te toetsen of voor de gebruiker een zodanige noodzaak bestond, dat van hem in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij zich van dat voor de merkhouder schadelijke gebruik onthoudt, maakt aanpassing van de mogelijk andere of ruimere uitleg van die andere elementen mogelijk.

2.3.14. Maar ook als deze redenering niet zou opgaan, is niet duidelijk aan het betoog van Nijs c.s. waarom, aannemende dat de uitleg die het BenGH in zijn arrest van 9 juli 1984 heeft gegeven een verruiming van de beschermingsomvang van het recht op een merk impliceert, die verruimde beschermingsomvang direct weer zou moeten worden ingeperkt door een ruimere uitleg van de geldige reden-exceptie. Het een volgt niet noodzakelijkerwijs uit het ander en het arrest van het BenGH biedt geen aanknopingspunten voor de door Nijs c.s. voorgestane opvatting.

2.3.15. De aangevallen overweging van het hof getuigt m.i. dan ook niet van een onjuiste rechtsopvatting, zodat ook de tweede subonderdeel 3.e vervatte klacht moet falen.

2.3.16. Subonderdeel 3.f keert zich met een rechtsklacht en een motiveringsklacht tegen de in r.o. 6 t/m 8 van het tussenarrest neergelegde beslissing, waarbij het hof het beroep van Nijs c.s. op een geldige reden in de zin van art. 13 A sub 2 BMW heeft verworpen.

2.3.17. Het hof vat zijn oordeel terzake als volgt samen (r.o. 7 slot):

'Er kan redelijkerwijs geen twijfel over bestaan dat een tijdelijk en betrekkelijk gering inconvenient als gevolg van het niet in recepten kunnen refereren aan het merk-geneesmiddel, niet is een reden welke zwaarder weegt dan het belang van de merkhoudster bij het behoud van de feitelijke onderscheidende kracht van haar merk en mitsdien ook niet oplevert een geldige reden in de zin van art. 13 A onder 2 BMW.'

2.3.18. Gelet op de uitleg die het BenGH in voormeld arrest van 1975 aan de geldige reden-exceptie heeft gegeven (zie hierboven onder 2.3.12) geven de aangevallen overwegingen van het hof m.i. niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Uit het arrest van het BenGH blijkt immers dat een eigen redelijk belang niet voldoende is, doch dat uit bijzondere omstandigheden moet blijken dat er voor de gebruiker een zodanige noodzaak bestaat, dat het van hem in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij zich, niettegenstaande de door dat gebruik aan de merkhouder toegebrachte schade, van dat gebruik onthoudt. Niet blijkt dat het hof, door verwerping van het beroep van Nijs c.s. op een geldige reden te verwerpen, deze maatstaf heeft miskent.

2.3.19. Ook de motiveringsklacht van subonderdeel 3.f moet falen. Waar de vraag of het gebruik van een merk met een geldige reden kan worden gerechtvaardigd in sterke mate afhankelijk is van een waardering van de feitelijke omstandigheden van het geval, kan het oordeel van het hof in cassatie niet met vrucht worden bestreden met de stelling dat ook andere waarderingen denkbaar zijn. Nu 's hofs oordeel, gelet op de door het hof als vaststaand aangemerkte feiten met name op het punt van de kenbaarheid voor de arts van de zgn. generieke namen van geneesmiddelen (r.o. 7 van het tussenarrest), niet onbegrijpelijk is, komen Nijs c.s. tevergeefs tegen dit oordeel op.

2.3.20. Voor zover subonderdeel 3.f nog wil betogen dat op Nijs c.s. geen rechtsplicht rust om van het gebruik van het merk Tanderil op de wijze als door Nijs c.s. toegepast af te zien, loopt dit subonderdeel vast op de prejudiciële beslissingen van het BenGH gegeven bij het voormelde arrest van 9 juli 1984.

2.4. Onderdeel 4

2.4.1. Het vierde onderdeel van het middel richt zich met vijf subonderdelen tegen r.o. 9 en r.o. 15 van het eindarrest van het hof. In deze rechtsoverwegingen reageert het hof op de door Nijs c.s. bij hun conclusie in hoger beroep na arrest BenGH in par. 11 uitgesproken bereidverklaring maatregelen te treffen ter voorkoming van de kans op schade en van misverstand bij het publiek.

2.4.2. Het hof overweegt (r.o. 9 slot):

'(H)et hof kan er al daarom niet op ingaan nu niet wordt gesteld welke maatregelen dokter Nijs en apotheker Jansen willen nemen terwijl zij evenmin hun vorderingen tot verklaring voor recht aan de nieuwe stelling hebben aangepast.'

2.4.3. Met betrekking tot de door Nijs c.s. subs. gevorderde verklaring voor recht overweegt het hof (r.o. 15): (enz.; Red.)

2.4.4. Subonderdeel 4.a heeft een inleidend karakter en behoeft geen bespreking.

2.4.5. Subonderdeel 4.b bestrijdt 's hofs oordeel dat Nijs en/of Jansen hadden behoren te stellen welke maatregelen door hen zouden worden genomen.

2.4.6. De klacht mist doel. Waar Nijs c.s. die maatregelen niet specificeren, kon Ciba-Geigy daarop niet reageren en zich derhalve niet naar behoren tegen de (subsidiare) vordering verweren. Niet onjuist of onbegrijpelijk heeft het hof dan ook kunnen oordelen dat de vaagheid en onvolledigheid van de stellingen van Nijs c.s. op dit punt aan toewijzing van de subsidiare vordering in de weg staan. Zie HR 24 mei 1957, NJ 1959, 10, m.nt. DJV; HR 30 jan. 1959, NJ 1960, 85, m.nt. LEHR; HR 1 nov. 1974, NJ 1975, 454, m.nt. GJS.

2.4.7. Subonderdeel 4.c keert zich tegen een niet dragende overweging en moet derhalve wegens gebrek aan belang falen.

2.4.8. Subonderdeel 4.d bouwt voort op subonderdeel 4.b en bestrijdt het oordeel van het hof dat Nijs c.s. hun subs. gevorderde verklaring voor recht hadden behoren te preciseren. De klacht strandt op hetgeen is opgemerkt onder 2.4.6.

2.4.9. Subonderdeel 4.e richt zich tegen een feitelijke en, naar het mij voorkomt, niet onbegrijpelijke uitlegging van de stellingen van Nijs c.s. Bovendien is de bestreden overweging ten overvloede gegeven, zodat de klacht, ook als zij gegrond zou zijn, Nijs c.s. wegens gebrek aan belang niet kan baten.

2.5. Onderdeel 5

2.5.1. Het vijfde onderdeel bestaat uit vier subonderdelen en bestrijdt 's hofs oordeel dat door de door Nijs gebezigde receptformule schade kan worden toegebracht aan de merkhouders in de zin van art. 13 A sub 2 BMW.

2.5.2. In het tussenarrest overweegt het hof dienaangaande (r.o. 5):

(enz.; Red.)

2.5.3. In zijn eindarrest handhaaft het hof dit oordeel, nadat zij de nader door Nijs c.s. aangevoerde stellingen terzake heeft besproken (r.o. 7 en 8).

2.5.4. Subonderdeel 5.a keert zich met een tweetal motiveringsklachten tegen de verwerping door het hof van de stellingen van Nijs c.s. betreffende de kans op schade.

2.5.5. 'Hofs oordeel dienaangaande berust op een feitelijke waardering van de omstandigheden en leent zich derhalve in beginsel niet voor cassatietoetsing. Niet blijkt dat het hof bij deze waardering geen acht geslagen heeft op de door Nijs c.s. aangevoerde stellingen, waarbij in aanmerking moet worden genomen dat het hof niet gehouden is, op straffe van schending van zijn motiveringsplicht, om alle stellingen van de procespartijen te noemen en te bespreken. Waar overigens het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk voorkomt, kunnen de in subonderdeel 5.a ontwikkelde motiveringsklachten geen doel treffen.

2.5.6. Subonderdeel 5.b richt zich tegen de overweging in de derde alinea van r.o. 5 ('Uiteraard brengen de recepten ...').

2.5.7. De klacht berust op een onjuiste lezing van de bestreden overweging en moet derhalve wegens gebrek aan feitelijke grondslag falen. Met de bedoelde overweging heeft het hof immers kennelijk tot uitdrukking willen brengen dat de door Nijs gebezigde receptformule een relevant onderdeel uitmaakt van de causaliteitsketen welke leidt tot aantasting van de onderscheidende kracht van het merk van Ciba-Geigy en derhalve mede-oorzaak is. De vraag of en in hoeverre Nijs invloed kan uitoefenen op de andere elementen van die causaliteitsketen kon het hof derhalve onbesproken laten.

2.5.8. Voor zover subonderdeel 5.b voorts wil betogen dat het hof niet op grief I van het principaal appel heeft beslist, mist het feitelijke grondslag. De in die grief ontwikkelde klacht heeft het hof besproken in r.o. 2 en 3 van zijn eindarrest en kennelijk niet doeltreffend geoordeeld.

2.5.9. Subonderdeel 5.d verwijt het hof te hebben miskend dat andere receptformules dan de litigieuze, maar waarin ook het woord Tanderil voorkomt, evenzeer tot schade kunnen leiden, zonder dat die andere receptformules onrechtmatig zijn. De overweging van het hof

terzake (r.o. 8 slot) is feitelijk en niet onbegrijpelijk, zodat ook dit subonderdeel doel mist.

2.6. Onderdeel 6

2.6.1. Onderdeel 6 richt zich in al zijn onderdelen tegen de beslissingen van het hof inzake de tussen pp. vaststaande feiten (r.o. 2 en 3 van het tussenarrest, gehandhaafd bij het eindarrest). Deze beslissingen kunnen als feitelijke beslissingen in cassatie niet op hun juistheid worden getoetst. Hierop stuiten de in onder 6 ontwikkelde klachten alle af. Hoewel gepresenteerd als motiveringsklachten, strekken zij in wezen tot vervanging van 's hofs vaststellingen door andere. Ik veroorloof mij derhalve de meeste van die klachten slechts zeer summier te bespreken.

2.6.2. De sub a.1 en 2 als motiveringsklachten aangevoerde nuancerings-, verfijnings- en denkbare uitzonderingen, sluiten 's hofs overigens niet onbegrijpelijke vaststellingen niet uit. Die klachten missen derhalve doel. De op a.1 en 2 voortbouwende klachten sub a.3 kunnen bij gevolg evenmin slagen.

2.6.3. Sub a.4, b.2 en b.3 wordt geklaagd over de vaststellingen door het hof in r.o. 2 onder i, luidende:

'Een niet te verwaarlozen deel van de Nederlandse patiënten en hun verzorgers (bijv. ouders) stelt er belang in te weten welk geneesmiddel aan hen (of door hen verzorgden, bijv. 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.'

Die vaststellingen berusten blijkens r.o. 3 op niet of onvoldoende weersproken stellingen van pp., alsmede, als zelfstandig dragende gronden, op algemene bekendheid (het onder i in de eerste zin gestelde) en op ervaringsregels (het onder i in de tweede en derde zin gestelde).

2.6.4. De beslissingen van de feitenrechter dat bepaalde feiten van algemene bekendheid zijn of berusten op ervaringsregels onttrekken zich, behoudens kennelijke misslagen, aan cassatietoetsing. Zie Burgerlijke Rechtsvordering losbl., art. 99 Wet RO, aant. 9 en de daar vermelde gegevens. Waar het hof, wat betreft het gestelde in de tweede en derde zin onder i, zonder schending van enige rechtsregel overeenkomstig de aangenomen ervaringsregels kon oordelen en het gestelde in de eerste zin onder i, niet onbegrijpelijk, als een feit van algemene bekendheid kon aanmerken, moeten de daartegen gerichte klachten falen.

2.6.5. De klachten sub b.1, c, d, en e, bouwen voort, of herhalen, eerder besproken, tevergeefs aangevoerde klachten en moeten het lot daarvan delen.

2.7. Onderdeel 7

2.7.1. Het zevende onderdeel van het middel verwijt het hof in de vraagstellingen aan het BenGH, zoals geformuleerd in het dictum van het tussenarrest, de onjuiste, feitelijke suggestie te hebben gewekt dat een arts — als Nijs i.c. — voor de verrichting van het afgeven van recepten een honorarium ontvangt. De vervolgens door het hof bij zijn eindarrest gegeven weerlegging van deze klacht zou onjuist en/of onbe-

grijpelijk zijn, evenals de op de prejudiciële beslissingen van het BenGH gegronde rechtsoverwegingen.

2.7.2. Het BenGH overweegt ten aanzien van de vragen te zamen o.m. (r.o. 1.9):

‘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 economische verkeer’ indien zulks — anders dan met een uitsluitend wetenschappelijk doel — plaatsvindt in het kader van een bedrijf, van een beroep of van enig andere — niet in de particuliere sfeer verrichte — activiteit waarmede economisch voordeel wordt beoogd’.

Voorts overweegt het BenGH ten aanzien van de vragen I, II en III (betrekking hebbend op de arts) o.m. (r.o. 3.1 t/m 5.2):

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

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

4.1.0. dat hij zich alsdan echter wel in het kader van zijn beroep van dat merk bedient;

4.2. dat immers het aanduiden van het aan de patient 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 patienten verleende diensten, voor welke verrichting, gelijk het Hof te ‘s-Gravenhage in zijn vraagstelling doet uitkomen, het honorarium dat de arts voor zijn diensten ontvangt, mede de beloning vormt;

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

5.1.0. voorts dat, gelijk mede uit het ten aanzien van alle vragen te zamen 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 plaatsheeft ‘in het economisch verkeer’ in de zin van evengenoemde bepaling;

5.2. 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’.

2.7.3. Uit deze overwegingen blijkt m.i. dat het BenGH met betrekking tot de vraag of het gebruik plaatsheeft ‘in het economisch verkeer’ in de zin van art. 13 A sub 2 geen beslissende betekenis toekent aan de door het hof in diens vraagstelling gewekte, inderdaad niet ge-

heel juiste, suggestie dat een arts voor de verrichting van het afgeven van recepten honorarium ontvangt. Ten aanzien van de beloning die de arts ontvangt, isoleert het BenGH immers niet, zo begrijp ik r.o. 4.2, het uitschrijven van recepten van de andere diensten die de arts aan zijn patienten verleent.

2.7.4. Niet onbegrijpelijk heeft het hof dan ook in het eindarrest kunnen overwegen (r.o. 6):

‘In die paragraaf betogen Nijs c.s. — naar het hof begrijpt — a. dat in de vraagstelling aan het BenGH (‘Als een ... arts ... een recept voor een geneesmiddel afgeeft aan een patient voor welke verrichting de arts honorarium ontvangt’) valt te lezen de feitelijke vaststelling dat voor de afgifte — op zichzelf — van een recept een (afzonderlijk) honorarium wordt berekend, b. dat het BenGH van die vaststelling is uitgegaan, c. dat die vaststelling niet juist is, d. dat het hof zich thans in zoverre niet mag baseren op het arrest van het BenGH en e. dat dokter Nijs mitsdien het merk niet gebruikt ‘in het economisch verkeer’. Het betoog treft geen doel omdat, al is de bij a geciteerde formulering niet de meest gelukkige, daarin een feitelijke vaststelling als door Nijs c.s. genoemd niet is gegeven en het BenGH die vaststelling daarin niet heeft gelezen zoals blijkt uit r.o. 4.2 van zijn arrest.’

2.7.5. Uit een en ander volgt dat onderdeel 7 reeds wegens gebrek aan belang doel mist.

2.8. De conclusie uit het bovenstaande is dat het door Nijs c.s. voorgestelde middel in al zijn onderdelen faalt en niet tot cassatie van de bestreden arresten kan leiden.

3. Bespreking van de middelen in het incidenteel cassatieberoep

3.1. Mocht Uw Raad de conclusie onder 2.8 volgen, dan kan het (voorwaardelijk ingestelde) incidenteel cassatieberoep buiten beschouwing blijven. Voor het geval Uw Raad enig onderdeel van het in het principaal beroep aangevoerde middel gegrond bevindt en deswege een of beide bestreden arresten vernietigt, bespreek ik de in het incidenteel beroep voorgestelde middelen.

3.2. Bespreking van middel I

3.2.1. Het eerste middel richt zich in vier onderdelen tegen de beslissing van het hof op grief I in het incidenteel appel, inhoudende dat de Rb. ten onrechte heeft aangenomen dat Nijs c.s. voldoende belang hebben bij hun vorderingen.

3.2.2. Het hof overweegt ten aanzien van deze grief o.m. (r.o. 1 van het tussenarrest):

‘Voorop moet worden gesteld dat Nijs c.s. hun handelingen zijn begonnen kort voordat zij hun vorderingen aanhangig maakten en dat zij die handelingen tijdens de procedure voortzetten; een en ander blijkt uit de alinea 3 en 5 van de inleidende dagvaarding.’

Indien iemand het standpunt inneemt, gelijk Ciba-Geigy doet, dat een ander jegens hem onrechtmatig handelt, heeft die ander als regel rechtens voldoende belang om op zijn vordering door de rechter te laten vaststellen of zijn handelwijze al of niet rechtmatig is.’

3.2.3. Onderdeel A betoogt dat het hof, aldus oordelende, heeft miskend primair dat de vordering van Nijs c.s. niet betreft een geschil als bedoeld in art. 2 Wet RO,

subs. dat een declaratoire uitspraak als waarvan in het onderhavige geval sprake is slechts kan worden gevorderd door een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon, en meer subs. dat het (enkel) innemen van het standpunt door Ciba-Geigy dat Nijs c.s. jegens haar onrechtmatig handelen tussen hen niet een rechtsverhouding in de zin van art. 2 Wet RO, noch onmiddellijke betrokkenheid doet ontstaan.

3.2.4. Algemeen aanvaard is, dat de rechter bij gewijsde een verklaring voor recht kan geven dat een bepaalde daad jegens eiser onrechtmatig is. Zie o.m. HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29, m.nt. PhANH. Bovendien wordt naar huidige rechtsopvattingen aanvaard, dat ook een declaratoire uitspraak, waarbij wordt vastgesteld dat een bepaalde gedraging van eiser jegens gedaagde niet onrechtmatig is, kan worden gegeven. Zie Onrechtmatige Daad, losbl., II nr. 201b (Van Nispen) en de daar vermelde rechtspraak- en literatuurgegevens. Wel is steeds vereist, zowel bij een positief als een negatief declaratoir, dat de eiser belang heeft — en wel een dadelijk belang, vgl. HR 15 dec. 1939, NJ 1940, m.nt. EMM en HR 30 maart 1951, NJ 1952, 29, m.nt. PhANH — bij de door hem gevorderde verklaring voor recht (art. 3.11.8 NBW: 'point d'interet, point d'action').

3.2.5. In de onderhavige zaak heeft het hof in de betwisting door Ciba-Geigy van het standpunt van Nijs c.s. grond gevonden om aan te nemen dat Nijs c.s. het vereiste belang bij het door hen gevorderde negatieve declaratoir hebben. Dit oordeel getuigt m.i. niet van een onjuiste rechtsopvatting. Zie o.m. HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760.

3.2.6. Het komt mij dan ook voor dat de in onderdeel A ontwikkelde rechtsklachten geen doel kunnen treffen. Waar Ciba-Geigy de rechtmatigheid van de handelingen van Nijs c.s. betwist, is een geschil in de zin van art. 2 Wet RO gegeven, zodat de primaire grondslag aan onderdeel A ontvalt. De subsidiaire grondslag is ondeugdelijk, omdat, zoals betoogd, het hof zonder schending van enige rechtsregel heeft kunnen aannemen dat Nijs c.s. door de betwisting van hun standpunt door Ciba-Geigy belang hebben bij het gevorderde. Alsdan is zonder betekenis de vraag of er sprake is van 'onmiddellijke bij een rechtsverhouding betrokken personen'. Vgl. MT art. 301107 NBW, Van Zeben, Parl. Gesch. Boek 3, p. 915. De meer subsidiaire grondslag aan het onderdeel moet, gezien het zojuist betoogde, eveneens voor ondeugdelijk worden gehouden.

3.2.7. Onderdeel B verwijt het hof schending van art. 48 Rv, doordat het heeft vastgesteld dat Ciba-Geigy het standpunt van Nijs c.s. inzake de rechtmatigheid van hun handelwijze heeft betwist. Aldus oordelende zou het hof aan zijn beslissingen feiten ten grondslag hebben gelegd die door pp. niet zijn gesteld.

3.2.8. De klacht is naar mijn oordeel ongegrond. Zo het bedoelde feit al niet reeds, tenminste als waarschijnlijk, besloten lag in de door Nijs c.s. in de dagvaarding in eerste aanleg aangevoerde stellingen, dan heeft het hof in elk geval op grond van de explicaties in de latere gedingstukken kunnen aannemen dat

deze stelling behoorde tot de grondslag waarop de vordering van Nijs c.s. was gebouwd.

3.2.9. Onderdeel C betoogt dat het hof ten onrechte het bij Nijs c.s. tot het instellen van een rechtsvordering vereiste belang heeft gegrond op een feit, te weten de betwisting door Ciba-Geigy van het standpunt van Nijs c.s., dat zich pas na het instellen van de rechtsvordering heeft voorgedaan.

3.2.10. Aan dit onderdeel ligt de opvatting ten grondslag dat de vraag of rechtens een belang bij het vorderen van een declaratoir aanwezig geacht kan worden, steeds beoordeeld dient te worden naar het moment van het instellen van de rechtsvordering. Deze opvatting gaat in haar algemeenheid m.i. te ver. De noodzakelijkheid van een belang is immers hierin gelegen, dat de eiser belet wordt een rechtsvordering in te stellen die bij toewijzing voor de eiser geen redelijk effect kan sorteren. Daaruit volgt dat ook betwisting die eerst tijdens de procedure plaatsvindt, doch waarmee de eiser reeds voor de procedure, gelet op alle omstandigheden, ernstig rekening moest houden, een gerechtvaardigd belang kan opleveren bij het instellen van de rechtsvordering. Vgl. Van Nispen, Het rechterlijk verbod en bevel, p. 173/174. Waar Nijs c.s. in de onderhavige zaak, doordat Ciba-Geigy om haar move-rende redenen niet reageerde op het verzoek van Nijs c.s. te verklaren dat de handelwijze van Nijs c.s. niet onrechtmatig is te achten (zie het Rb.-vonnis in eerste aanleg, r.o. 1 onder e en f), er ernstig rekening mee moesten houden dat Ciba-Geigy hun standpunten niet deelde en zulks tijdens de procedure ook is gebleken, heeft het hof, zonder schending van enige rechtsregel kunnen beslissen dat Nijs c.s. voldoende belang hebben bij hun rechtsvordering. Onderdeel C faalt derhalve.

3.2.11. Onderdeel D moet reeds falen omdat het berust op de onjuiste opvatting dat de vraag naar het belang van Nijs c.s. bij het instellen van hun rechtsvordering bepaald wordt door de vraag naar de toewijsbaarheid van die vordering.

3.3. Bespreking van middel II

3.3.1. Middel II keert zich in drie onderdelen met rechtsklachten en motiveringsklachten tegen de overwegingen van het hof neergelegd in r.o. 13 van het eindarrest.

3.3.2. Nu die rechtsoverwegingen de beslissing van het hof niet dragen, kan middel II, ook al zou het gegrond zijn, bij gebreke van belang geen doel treffen.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het principaal beroep.
