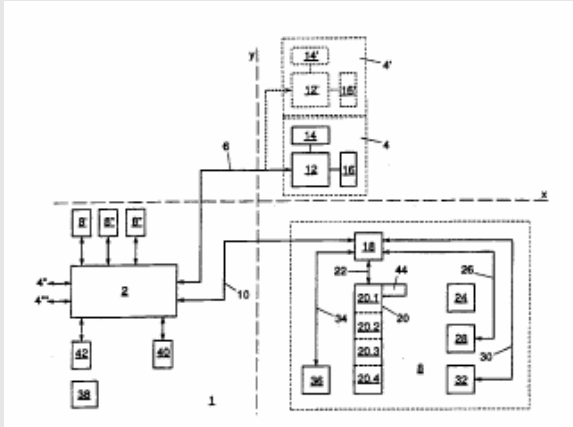


**Hof Den Haag, 23 maart 2006, Consumer Health v Thorbecke Apotheek****OCTROOIRECHT****Niet inventief**

- Interactief voorschrijfproces dat een kenmerkend onderdeel van vinding zou zijn wordt in conclusie 1 niet genoemd

Door Consumer Health c.s. is (in grief 1) aangevoerd dat de rechtbank bij de beoordeling van de meest nabijge stand van de techniek, te weten het (hiervoor genoemde) systeem dat op de prioriteitsdatum op de markt was, het kenmerk van een interactief voorschrijfproces buiten beschouwing heeft gelaten. Het interactief voorschrijfproces is, aldus Consumer Health c.s., een kenmerkend onderdeel van conclusie 1 van het octrooi. Het hof vermag Consumer Health c.s. hierin niet te volgen. In conclusie 1 van het octrooi wordt een interactief voorschrijfproces niet genoemd. (...) Voorzover Consumer Health c.s. met “interactief voorschrijfproces” mochten doelen op de specifieke controle mogelijkheden als bijvoorbeeld omschreven in de beschrijving bij het octrooi, kolom 5, regels 25 e.v. (“Hence, for drawing up the prescription, the doctor is assisted by the system (...)”) merkt het hof op dat die specifieke controle mogelijkheden niet in conclusie 1 zijn opgenomen. Kennelijk wordt het beoogde interactieve voorschrijfproces gestuurd door of bepaald door het in conclusie 1 genoemde “predetermined algorithm”. Dat vooraf bepaalde algoritme wordt echter niet verder onthuld of toegelicht. Conclusie is dat grief 1 faalt.

- Oplossing direct bekend uit referentiemodel

In het vonnis, waarvan beroep, heeft de rechtbank overwogen dat het bij de systemen volgens de stand der techniek aan controle momenten aan de huisartszijde ontbreekt, ingeval de arts de door het systeem verschaftte beslissondersteuning negeert of verkeerd toepast, maar dat de richting voor het oplossen van dit probleem aan de gemiddelde vakman direct bekend is uit het genoemde WCIA-HIS-Referentiemodel 1990.

- Wie gemiddelde vakman is kan in het midden blijven want zowel voor huisarts/apotheker als ICT-deskundige lag combinatie voor de hand

Naar het oordeel van het hof kan in het midden blijven wie in het onderhavige geval als de gemiddelde vakman dient te worden beschouwd. Zoals hiervoor reeds overwogen was het ten tijde van het aanvragen van het onderwerpelijke octrooi reeds bekend om een geautomatiseerde invoereenheid aan de kant van de huisarts te koppelen met een apotheekcomputer. Zowel voor een huisarts/apotheker als voor een ICTdeskundige lag het naar het oordeel van het hof voor de hand om de bekende combinatie van invoereenheid en apotheekcomputer voorts nog te koppelen met een medicijnafgifteautomaat, te meer daar, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, op de prioriteitsdatum reeds medicijnafgifteautomaten bekend waren, die zijn gekoppeld aan apotheekcomputers

Vindplaatsen: BIE 2007, n.r 27, p. 178

**Hof Den Haag, 23 maart 2006**

(J.C. Fasseur – van Santen, S.U. Ottevangers en R.A. Grootoank )

(...)

Uitspraak: 23 maart 2006

Rolnummer: 04/1239

Rolnr. rechtbank: 03/132

HET GERECHTSHOF TE 'S-GRAVENHAGE, vijfde civiele kamer, heeft het

volgende arrest gewezen in de zaak van

1. CONSUMER HEALTH ENTREPRENEURS B.V.,

gevestigd te Nijmegen,

2. MEDIMAAT B.V.,

gevestigd te Groningen,

appellanten,

hierna te noemen: Consumer Health c.s.,

procureur: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,

advocaat: mr P.A.M. Hendrick te Amsterdam

tegen

THORBECKE APOTHEEK B.V.,

gevestigd te Sliedrecht,

geïntimeerde,

hierna te noemen: Thorbecke,

procureur: mr H.C. Grootveld,

advocaat: mr W.A.J. Hoorneman te Utrecht.

**Het geding**

Bij exploit van 11 mei 2004 zijn Consumer Health c.s. in hoger beroep gekomen van het vonnis van 11 februari 2004 door de rechtbank 's-Gravenhage gewezen tussen partijen. Bij memorie van grieven hebben Consumer Health c.s. zeven grieven tegen het vonnis aangevoerd, die door Thorbecke bij memorie van antwoord onder het overleggen van producties zijn bestreden. Vervolgens hebben partijen hun standpunten voor het hof doen bepleiten door respectievelijk mr Hendrick en mr Hoorneman voornoemd, waarbij door Consumer Health c.s. een aantal producties in het geding is gebracht. Daarna hebben partijen arrest gevraagd. Consumer Health c.s. hebben hun processtukken aan het hof doen toekomen. De pleitaantekeningen maken deel uit van de processtukken.

**Beoordeling van het hoger beroep**

1. Het hof zal uitgaan van de door de rechtbank als vaststaand aangemerkte feiten, weergegeven onder 1.1 tot en met 1.3 van het vonnis waarvan beroep, nu deze door partijen niet zijn weersproken.

2. In dit geding staat de vraag centraal of de conclusies 1, 2 en 17 van het (Nederlandse deel van het) [Europees octrooi 0.764.314](#) van Consumer Health c.s. wegens (onder meer) gebrek aan inventiviteit dienen te worden vernietigd, zoals door Thorbecke wordt gevorderd, evenals de vraag of, zo het octrooi geldig is, door Thorbecke inbreuk op het octrooi wordt gemaakt, hetgeen door Consumer Health c.s. wordt gesteld.

3. Het hof overweegt ambtshalve, dat het hier een Europees octrooi betreft, waarvan de verlening is gepubliceerd na 1 april 1995, zodat ingevolge artikel 103, lid 2, Rijksoctrooiwet 1995 uitsluitend het bepaalde bij en krachtens die wet van toepassing is.

4. Ingevolge Artikel 69 van het Europees Octrooioverdrag wordt de beschermingsomvang van het octrooi bepaald door de inhoud van de conclusies van het octrooischrift, waarbij de beschrijving en de tekeningen dienen tot uitleg van die conclusies en wel – in overeenstemming met het Protocol inzake de uitleg van Artikel 69 - zodanig dat zowel een billijke bescherming aan de octrooihouder als een redelijke rechtszekerheid aan derden wordt geboden.

5. Het Europees octrooi 0.764.314B1 met als titel “Medicament Distribution System and Automatic Dispenser for such System” heeft betrekking op een geneesmiddeldistributiesysteem (apothekersysteem voor het voorschrijven en afleveren van geneesmiddelen aan een patiënt) en een afgifteautomaat daarvoor. De conclusies 1, 2 en 17 van het octrooi luiden als volgt:

*1. A pharmacy system (1) for prescribing and delivering medicaments to a patient, comprising at least one input unit (4, 4') with which a doctor is capable of entering inter alia a prescription of a medicament for a patient and at least one automatic dispenser which is suitable for being loaded with medicaments, characterized in that the prescription of a medicament for a patient, can be entered into the system by means of the input unit together with the identity of the patient, wherein the input unit (4, 4') comprises a data bank wherein various data about indications with corresponding prescriptions of medicaments are stored, as well as for instance data of a patient, the input unit checking according to a predetermined algorithm whether a prescription prescribed for a patient corresponds to the data stored in the data bank and the input unit (4) generating a prescription signal corresponding to the prescription entered wherein the system further comprises a pharmacy computer (2) coupled to the input unit (4, 4'), which pharmacy computer (2) further processes the prescription signal received from the input unit and generates a control signal corresponding to the prescription wherein the at least one automatic dispenser (8, 8') dispenses the prescribed medicament under the supply of the control signal generated by the pharmacy computer (2) and wherein the automatic dispenser (8, 8') and the pharmacy computer are accommodated in housings different from each other.*

*2. A pharmacy system according to claim 1, characterized in that the input unit provides a signal intended for the doctor when a deviation in the prescription is found during the check carried out by the input unit.*

*17. A pharmacy system according to any one of the preceding claims, characterized in that the automatic dispenser (18, 18') and the pharmacy computer (2) are spatially separated from each other.*

6. Blijkens conclusie 1 bestaat het geoctrooieerde apothekersysteem uit drie met elkaar gekoppelde onderdelen, te weten (a) een invoereenheid, (b) een apothekerscomputer en (c) een afgifteautomaat. De invoereenheid is, zo verstaat het hof de conclusie, bedoeld om opgesteld te zijn bij de huisarts, die een geneesmiddel voor een patiënt voorschrijft. De apothekerscomputer is bedoeld opgesteld te zijn bij de apotheker, die verantwoordelijk is voor het afleveren van het geneesmiddel en de afgifteautomaat kan elders opgesteld zijn, bijvoorbeeld in of nabij de praktijkruimte van de arts.

7. Over de invoereenheid vermeldt de conclusie nog dat deze zodanig is, dat een arts daarmee in staat is een recept voor een patiënt in te voeren, dat tezamen daarmee ook de identiteit van de patiënt kan worden ingevoerd en dat de invoereenheid een databank met gegevens over indicaties en bijbehorende recepten en gegevens over een patiënt omvat. Volgens een vooraf bepaald algoritme controleert de invoereenheid of een voor een patiënt voorgeschreven recept correspondeert met de aanwezige gegevens. Tenslotte dient dan de invoereenheid een receptsignaal aan de apothekerscomputer af te geven.

8. Over de apothekerscomputer wordt in conclusie 1 niet meer vermeld, dan dat deze het van de invoereenheid ontvangen receptsignaal verder verwerkt en een met het receptsignaal overeenstemmend stuursignaal genereert, dat aan de afgifteautomaat wordt toegevoerd. Over de afgifteautomaat vermeldt conclusie 1 slechts, dat deze geschikt is om met geneesmiddelen te worden beladen en dat hij na ontvangst van het stuursignaal het voorgeschreven geneesmiddel afgeeft. Apothekerscomputer en afgifteautomaat dienen in verschillende behuizingen te zijn ondergebracht.

9. Ten tijde van de indiening van de oudste Nederlandse octrooiaanvraag (NL 9400941 d.d. 9 juni 1994), die de basis vormde voor het ingeroepen recht van voorrang van het uiteindelijk aan Consumer Health c.s. verleende octrooi, was het reeds bekend om een geautomatiseerde invoereenheid aan de kant van de huisarts te koppelen met een apothekerscomputer. Door Thorbecke is gewezen op bijvoorbeeld het vóór de prioriteitsdatum in Breda in gebruik zijnde systeem, waarbij huisartsen werkend met het onder de aanduiding Medicom bekend staande programma via een terminal waren aangesloten op een apothekerscomputer werkend met een programma genaamd Pharmacom (Vgl. productie 4D3 van Thorbecke, overgelegd bij antwoord in prima en productie 9 van Thorbecke, overgelegd bij pleidooi in prima d.d. 12 september 2003). Het hof verenigt zich met het oordeel van de rechtbank, dat uit de terzake door Thorbecke overgelegde docu-

mentatie blijkt, dat Medicom aan de huisartsenkant onder meer medicatiebewaking, indicatiegestuurd formularium en beslisondersteuning bij het voorschrijven van medicatie bevat.

10. Door Consumer Health c.s. is (in grief 1) aangevoerd dat de rechtbank bij de beoordeling van de meest nabije stand van de techniek, te weten het (hiervoor genoemde) systeem dat op de prioriteitsdatum op de markt was, het kenmerk van een interactief voorschrijfproces buiten beschouwing heeft gelaten. Het interactief voorschrijfproces is, aldus Consumer Health c.s., een kenmerkend onderdeel van conclusie 1 van het octrooi. Het hof vermag Consumer Health c.s. hierin niet te volgen. In conclusie 1 van het octrooi wordt een interactief voorschrijfproces niet genoemd. De in de conclusie genoemde elementen, respectievelijk mogelijkheden van de “input unit”, te weten dat “the prescription of a medicament for a patient, can be entered into the system (...) together with the identity of the patient”, dat de “input unit comprises a data bank wherein various data about indications with corresponding prescriptions of medicaments are stored, as well as for instance data of a patient” en dat de “input unit checking (...) whether a prescription for a patient corresponds to the data stored in the data bank”, zijn elementen, die ook aanwezig zijn in de personal computer (p.c.) van de huisarts, die werkt met het hoger genoemde Medicom-programma. Dergelijke elementen zijn, naar het oordeel van het hof, eveneens onderdeel van op de prioriteitsdatum gebruikelijke Huisarts Informatie Systemen, zoals blijkt uit het WCIA-HIS-Referentiemodel 1990 (productie 15 in prima van Thorbecke).

11. Voorzover Consumer Health c.s. met “interactief voorschrijfproces” mochten doelen op de specifieke controlemogelijkheden als bijvoorbeeld omschreven in de beschrijving bij het octrooi, kolom 5, regels 25 e.v. (“Hence, for drawing up the prescription, the doctor is assisted by the system (...)”) merkt het hof op dat die specifieke controlemogelijkheden niet in conclusie 1 zijn opgenomen. Kennelijk wordt het beoogde interactieve voorschrijfproces gestuurd door of bepaald door het in conclusie 1 genoemde “predetermined algorithm”. Dat vooraf bepaalde algoritme wordt echter niet verder onthuld of toegelicht. Conclusie is dat grief 1 faalt.

12. In het vonnis, waarvan beroep, heeft de rechtbank overwogen dat het bij de systemen volgens de stand der techniek aan controlemomenten aan de huisartszijde ontbreekt, ingeval de arts de door het systeem verschaftte beslisondersteuning negeert of verkeerd toepast, maar dat de richting voor het oplossen van dit probleem aan de gemiddelde vakman direct bekend is uit het genoemde WCIA-HIS-Referentiemodel 1990. Hiertegen is grief 4 gericht. Consumer Health c.s. stellen dat “met name onjuist is de constatering dat het kenmerk van conclusie 1 van EP ‘314, dat binnen de invoereenheid aan de huisartsenkant een terugkoppelingscontrole plaatsvindt van het ingevoerde medicatievoorschrift met de indicatie/diagnose, niet inventief is (...)”. Het hof wijst er vooreerst op, dat de constatering, die door

Consumer Health c.s. aan de rechtbank wordt toegeschreven, niet aldus door de rechtbank is gemaakt (de woorden “kenmerk van conclusie 1” komen in de gewraakte overweging 3.5 niet voor).

13. De rechtbank heeft ter staving van haar standpunt gewezen op blz. 22 van het WCIA-HIS-Referentiemodel 1990. Hierover merken Consumer Health c.s. op, dat die publicatie twee mogelijke uitbreidingen van de medische module noemt, waaronder het koppelen van een voorschrift aan een indicatie (klacht of diagnose) en dat als voordeel daarvan controle op chronische medicatie beter mogelijk is. De controlestap volgens het octrooi daarentegen heeft betrekking op de standaardcontrole door de arts, aldus Consumer Health c.s. Dat moge zo zijn, maar naar het oordeel van het hof is het niet relevant voor wat voor controle de terugkoppeling plaatsvindt. Ook bij controle op chronische medicatie is sprake van “checking (...) whether a prescription prescribed for a patient corresponds to the data stored in the data bank”. Daarbij komt nog dat in het WCIA-HIS-Referentiemodel 1990 de controle op chronische medicatie louter als voorbeeld wordt gegeven van wat mogelijk is bij het koppelen van een voorschrift aan een indicatie (“tal van nieuwe mogelijkheden”). De grief faalt.

14. De grieven 2 en 5 lenen zich voor gezamenlijke behandeling. In deze grieven klaagt Consumer Health over hetgeen de rechtbank heeft overwogen betreffende dat wat voor een vakman voor de hand ligt. Daarbij merkt Consumer Health c.s. allereerst op dat de rechtbank niet duidelijk heeft vastgesteld wie als vakman dient te worden gezien. Het hof kan Consumer Health c.s. hierin niet volgen. Nog afgezien van het feit, dat de rechtbank niet de plicht heeft vast te stellen wie in casu de vakman is, heeft de rechtbank, zoals Consumer Health c.s. in de toelichting op grief 5 zelf aangeeft, bevestigd dat de gemiddelde vakman in kwestie de huisarts/apotheker is.

15. Naar het oordeel van het hof kan in het midden blijven wie in het onderhavige geval als de gemiddelde vakman dient te worden beschouwd. Zoals hiervoor reeds overwogen was het ten tijde van het aanvragen van het onderwerpelijke octrooi reeds bekend om een geautomatiseerde invoereenheid aan de kant van de huisarts te koppelen met een apotheekcomputer. Zowel voor een huisarts/apotheker als voor een ICTdeskundige lag het naar het oordeel van het hof voor de hand om de bekende combinatie van invoereenheid en apotheekcomputer voorts nog te koppelen met een medicijnafgifteautomaat, te meer daar, zoals de rechtbank terecht heeft overwogen, op de prioriteitsdatum reeds medicijnafgifteautomaten bekend waren, die zijn gekoppeld aan apotheekcomputers (producties 4D4 en 10 – 13 in prima van Thorbecke). Door Consumer Health c.s. is nog aangevoerd, dat (op de prioriteitsdatum) een huisarts/apotheker nooit tot een dergelijke combinatie zou hebben besloten, omdat door een dergelijke combinatie de apotheker in feite buitenspel zou worden gezet. Het hof verwerpt dit argument, omdat immers ook bij een dergelijke combinatie het desgewenst mogelijk lijkt plaats voor een meer actieve

controle door de apotheker in te ruimen. (Vgl. conclusie 4 van het octrooi, waarin de variant wordt geclaimd, dat “the pharmacy computer provides a signal intended for the pharmacist when a prescription signal with a deviation found by the input unit is received”.) Slotsom van het voorgaande is dat de grieven 2 en 5 falen.

16. Met de derde grief klaagt Consumer Health c.s. erover, dat de rechtbank heeft overwogen dat medicijnafgifteautomaten bekend zijn, die zijn gekoppeld aan apotheekcomputers, daarbij er aan voorbijgaand, dat in het octrooi sprake is van specifiek omschreven computers en automaten die voldoen aan alle in het octrooi genoemde criteria. Het hof vermag Consumer Health c.s. hierin niet te volgen. Bekend is het koppelen van een medicijnafgifteautomaat aan een apotheekcomputer. Hoe specifiek die apotheekcomputer is doet daarbij niet terzake. In conclusie 1 van het octrooi is voorts een afgifteautomaat (“automatic dispenser”) genoemd, die het gewenste medicijn afgeeft indien de apotheekcomputer een stuursignaal zendt (“dispenses the prescribed medicament under the supply of the control signal generated by the pharmacy computer”). Van enig bijzonder criterium is in de conclusie geen sprake. De grief faalt.

17. De grieven 6 en 7 hebben geen zelfstandige betekenis en behoeven geen afzonderlijke behandeling.

18. Door Consumer Health c.s. is bij pleidooi in hoger beroep een alternatieveconclusie 1 voorgesteld in het geval het hof zou beslissen dat het vonnis van de rechtbank in stand dient te blijven. De alternatieve conclusie 1 bestaat uit de vernietigde “oude” conclusie 1 gecombineerd met de bestaande conclusie 11. Consumer Health c.s. verzoeken het hof uitspraak te doen omtrent de geldigheid van die alternatieve conclusie 1. Door Thorbecke is bezwaar gemaakt tegen het in dit stadium voorleggen van een nieuwe hoofdconclusie. Het hof overweegt als volgt. Het hof acht het eerst bij pleidooi in beroep voorleggen van een alternatieve conclusie 1 in strijd met een goede procesorde, mede gezien de complicaties die een en ander meebrengt. Het in dit stadium toelaten van een alternatieve conclusie 1 zou bovendien tot een niet voorziene uitbreiding van de reconventionele vordering moeten leiden (Thorbecke heeft reeds aangegeven waarom ook de alternatieve conclusie 1 niet in stand kan blijven). Het hof zal zich daarom niet uitlaten over de alternatieve conclusie 1.

19. Aan het bewijsaanbod van Thorbecke gaat het hof voorbij, nu dit in het licht van het vorenstaande niet ter zake dienende is.

20. Aangezien de grieven niet tot vernietiging van het vonnis leiden zal dat worden bekrachtigd. Consumer Health c.s. zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de na te melden kosten van het hoger beroep aan de zijde van Thorbecke gevallen.

### **Beslissing**

#### **Het hof:**

-bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;  
-veroordeelt Consumer Health c.s. in de kosten van het beroep, tot op deze uitspraak aan de zijde van Thorbecke begroot op een bedrag van €5.181;

-verklaart dit arrest ten aanzien van de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.