CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL M. DARMON van 10 maart 1989 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Uit de rechtspraak inzake het vrije verkeer van goederen blijkt, dat het Hof vastbesloten is de doelstellingen van de integratie op dit gebied te verwezenlijken. Deze vastberadenheid, waarbij ik mij van harte aansluit, kent natuurlijk zijn grenzen, namelijk het gezond verstand en de mate waarin de publieke opinie, leken en specialisten, begrip toont voor de door uw rechtspraak ingeslagen weg. Mijns inziens wordt u thans evenwel voorgesteld dit kader te verlaten door in te stemmen met een impliciete wijziging van de rolverdeling tussen artsen en apothekers, zoals vrijwel alle Lid-Staten van de Gemeenschap die zien. U zult het mij wel niet kwalijk nemen, dat ik mijn mening hierover geef nog voordat ik de aan de orde gestelde problemen heb besproken. Ik ben mij ervan bewust, dat ik hierdoor afwijk van de gebruikelijke gang van zaken, maar ik wil zodoende onmiddellijk de aandacht vestigen op het zeer delicate onderwerp van vandaag.

2. De twee reeksen prejudiciële vragen van de Court of Appeal nopen u ertoe het probleem van de parallelinvoer van geneesmiddelen nogmaals te onderzoeken. [1]

3. Om te voldoen aan het arrest de Peijper [2] voerde het Verenigd Koninkrijk in mei 1984 een vergunningenstelsel in, genaamd Product Licence (Parallel Import) (hierna: PL(PI)-vergunning). Het lijkt mij nuttig de voornaamste kenmerken hiervan in herinnering te brengen. De afgifte van een PL(PI)-vergunning is onderworpen aan de volgende voorwaarden:

— het produkt moet worden ingevoerd uit een Lid-Staat waar het rechtmatig in de handel is;

— het mag qua therapeutische werking niet verschillen van een produkt, waarvoor in het Verenigd Koninkrijk reeds een vergunning is afgegeven;

— het moet zijn vervaardigd door dezelfde fabrikant of door een lid van dezelfde groep van ondernemingen als het produkt waarvoor in het Verenigd Koninkrijk een vergunning is afgegeven, of door de houder van een licentie van de fabrikant van genoemd produkt.

Na verkrijging van een PL(PI)-vergunning mag de vergunninghouder het betrokken produkt in het Verenigd Koninkrijk invoeren en verkopen.

4. Laat ik meteen zeggen, dat het hoofdgeding zijn oorsprong vindt in de omstandig-

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Zie met name de arresten van 29 februari 1968, zaak 24/67, Parke, Davis and Co., Jurispr. 1968, blz. 81; 31 oktober 1974, zaak 15/74, Centrafarm/Sterling Drug, Jurispr. 1974, blz. 1147; 31 oktober 1974, zaak 16/74, Centrafarm/Winthrop, Jurispr. 1974, blz. 1183; 20 mei 1976, zaak 104/75, de Peijper, Jurispr. 1976, blz. 613; 23 mei 1978, zaak 102/77, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139; 10 oktober 1978, zaak 3/78, American Home Products Corporation, Jurispr. 1978, blz. 1823; 14 juli 1981, zaak 187/80, Merck, Jurispr. 1981, blz. 2063; 3 december 1981, zaak 1/81, Pfizer, Jurispr. 1981, blz. 2913.

2 — Reeds aangehaald, noot 1.

heid dat sommige PL(PI)-produkten een in het Verenigd Koninkrijk niet gangbaar merk dragen.

5. Ingevolge de bestreden maatregelen — namelijk de Code of Ethics (gedragscode)[3] van de Pharmaceutical Society of Great Britain (hierna: Pharmaceutical Society) en de uitlegging ervan[4], alsmede artikel 2, lid 1, van de door de National Health Service (NHS) vastgestelde „Terms of Service", zoals die door de Secretary of State for Social Services zijn uitgelegd —, mogen apothekers geen produkt afleveren dat een ander merk of een andere benaming draagt dan het produkt dat door de arts is voorgeschreven. Deze maatregelen, die van algemene aard zijn, gelden eveneens ingeval een parallel ingevoerd produkt een ander merk draagt dan het door de arts voorgeschreven produkt.

6. Om alle aspecten van het hoofdgeding duidelijk te maken, moet er eerst op worden gewezen, dat ingevolge het arrest American Home Products Corporation (hierna: American Home Products)[5], het op zich niet in strijd met het Verdrag is om in twee Lid-Staten een verschillend merk voor hetzelfde produkt te laten registreren. De merkrechthebbende kan zich dus ertegen verzetten, dat een derde zonder zijn toestemming op een produkt dat rechtmatig een van de merken draagt, het andere betrokken merk aanbrengt. Het Hof heeft echter gezegd, dat de zaak anders ligt, wanneer met het deponeren van twee merken een opsplitsing van de markt wordt beoogd.

7. Vervolgens zij erop gewezen, dat Britse artsen de produkten aanduiden met de benaming die hun vertrouwd is, namelijk die welke in het Verenigd Koninkrijk wordt gebruikt. Draagt het parallel ingevoerde produkt hetzelfde merk, dan zullen de betwiste maatregelen de afgifte van dat produkt niet in de weg staan. De zaak ligt anders, wanneer de twee merken verschillend zijn. In dat geval mag de apotheker volgens het Britse positieve recht het parallel ingevoerde produkt niet afleveren, net zomin als hij enig ander produkt van een ander dan het door de arts genoemde merk mag verstrekken.

8. Tot dusver is voor ongeveer 220 produkten een PL(PI)-vergunning verleend, waarvan er ongeveer 50 een ander merk dragen. Negentien van deze laatste behoren overigens tot de 300 in het Verenigd Koninkrijk meest voorgeschreven geneesmiddelen.

9. Vóór de vaststelling van de betwiste maatregelen bestond er een omvangrijke handel in parallel ingevoerde produkten, daar de apothekers deze produkten uit eigen beweging afleverden ter uitvoering van een voorschrift waarin het Britse merk was genoemd. De verklaring hiervoor is eenvoudig: daar de apotheker wordt vergoed op basis van het tarief voor het nationale produkt, maakte hij een forse winst, wat tot deze „substitutie"[6] aanzette. Het is tegen het verbod op deze „substitutie", dat Association of Pharmaceutical Importers, een verbond van parallelinvoerders, bij de nationale rechter is opgekomen om te doen vaststellen, dat het hier gaat om een maatregel van gelijke werking in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag.

3 — Paragraaf 1.4 ii) en iv).

4 — Verklaring van 12 juli 1986 bevestigd bij afwijzende brief van 12 augustus 1986.

5 — Reeds aangehaald, noot 1, r. o. 15, 20, 21 en 22.

6 — Ter verduidelijking: ik gebruik in mijn conclusie gemakshalve deze term; dit betekent echter niet, dat ik de gelijkwaardigheid van het voorgeschreven produkt en het in dat geval verstrekte produkt in twijfel trek.

10. Ziehier in grote lijnen de achtergrond van het geschil dat tot het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft geleid.

11. De Britse rechter in eerste aanleg was van oordeel, dat de bestreden maatregelen niet in strijd waren met artikel 30. Het Hof dient de elementen aan te reiken die de Court of Appeal in staat moeten stellen dit oordeel te bevestigen of te vernietigen.

12. Om u bij dit onderzoek behulpzaam te zijn, zal ik enigszins afwijken van de volgorde waarin de verwijzende rechter de vragen heeft gesteld. Het lijkt mij namelijk nodig om eerst te onderzoeken, of de door de Pharmaceutical Society afgelegde en nadien bevestigde verklaring, gelet op de aard van deze instantie, een maatregel in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag vormt.

13. De Pharmaceutical Society is opgericht bij een Royal Charter van 1843. Zij houdt het register bij waarin elke apotheker moet ingeschreven zijn om zijn beroep te mogen uitoefenen. Zij kan tuchtrechtelijke maatregelen nemen, die kunnen uitlopen op boetes en schorsingen of zelfs op schrapping uit het register. Tegen deze beslissingen kan beroep worden ingesteld bij de High Court of Justice. Bij de uitoefening van zijn beroep moet de apotheker beroepsregels — met name gedragsregels — in acht nemen, waarvan de betrokken verklaring een voorbeeld vormt.

14. Op drie wezenlijke punten moet volgens mij speciaal worden gewezen:

— het toezicht op het beroep,

— de uitvaardiging van gedragsregels,

— de bevoegdheid om disciplinaire maatregelen te treffen ten einde de eerbiediging van die gedragsregels te verzekeren.

De Pharmaceutical Society is dus een beroepsorganisatie belast met een in het *algemeen belang* verrichte *openbare dienst.* De verplichte inschrijving in haar register en de tuchtrechtelijke bevoegdheden waarover zij beschikt, zijn kenmerkend voor *van het gemeenrecht afwijkende prerogatieven.* Zij verschillen totaal van de bevoegdheden van gewone privaatrechtelijke organisaties.

15. Om elke twijfel weg te nemen, herinner ik eraan, dat het Hof heeft overwogen, dat handelingen van lagere overheden[7] die naar nationaal recht juridisch zelfstandig zijn, en zelfs handelingen van een door de staat gesteunde privaatrechtelijke organisatie voor de toepassing van artikel 30 aan de staat kunnen worden toegerekend.[8] Het rechtskarakter van de Pharmaceutical Society is dus niet voldoende om haar handelingen aan de kwalificatie „publiekrechtelijke maatregelen"[9], en dus aan de werkingssfeer van artikel 30, te onttrekken, wanneer zij de door dat artikel verboden gevolgen voor het intracommunautaire handelsverkeer hebben.

16. Nu dit probleem is opgelost, ga ik over tot het toetsen van de betrokken bepalingen aan het verbod van maatregelen van gelijke werking. De klacht luidt, dat door het substitutieverbod produkten van de markt worden geweerd, die uit therapeutisch oogpunt

7 — Arrest van 22 september 1988, zaak 45/87, Commissie/Ierland, Jurispr. 1988, blz. 4929.

8 — Arrest van 24 november 1982, zaak 249/81, Commissie/Ierland, Jurispr. 1982, blz. 4005.

9 — Arrest van 1 oktober 1987, zaak 311/85, Vlaamse Reisbureaus, Jurispr. 1987, blz. 3801.

identiek of gelijkwaardig zijn aan binnenlandse produkten die door dezelfde onderneming, dezelfde groep van ondernemingen, of door een licentiehouder zijn vervaardigd en slechts qua handelsnaam van de binnenlandse produkten verschillen.

17. Zonder deze regels zouden de apothekers waarschijnlijk meer parallel ingevoerde produkten kopen, zoals blijkt uit de situatie van vóór 1986. Moet daaruit op grond van het arrest Dassonville [10] automatisch worden geconcludeerd, dat de betrokken maatregelen in strijd zijn met artikel 30 ? Nader onderzoek van de situatie brengt mij ertoe, deze opvatting krachtig van de hand te wijzen. Allereerst bespreek ik de arresten die mij het meest ter zake dienend lijken.

18. In het arrest Blesgen [11] heeft het Hof geoordeeld, dat het verbod om in drankslijterijen sterke drank met een alcoholgehalte van meer dan 22% te verkopen, niet onverenigbaar is met artikel 30, aangezien een dergelijke maatregel, die *zonder onderscheid* op binnenlandse en ingevoerde produkten *van toepassing* is, *geen verband houdt met de invoer* van produkten en *daarom* niet van dien aard is dat hij de handel tussen Lid-Staten belemmert. Onlangs nog heeft het Hof in het arrest Duphar [12] geoordeeld, dat een door overwegingen verband houdend met het evenwicht van de begroting voor sociale zaken ingegeven verbod op vergoeding van bepaalde geneesmiddelen *in een nationale context waarin het merendeel van de gebruikte geneesmiddelen wordt ingevoerd,* evenmin een maatregel van gelijke werking vormt. Het Hof heeft overwogen, dat een dergelijke maatregel *op zich*

„niet (kan) *worden beschouwd* als een beperking van de door artikel 30 EEG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van invoer" [13],

indien de betrokken lijst aldus wordt opgesteld, dat de ingevoerde produkten niet worden gediscrimineerd.

19. Laat ik meteen zeggen, dat de in casu bestreden maatregelen volgens deze rechtspraak niet als handelsbelemmeringen mogen worden beschouwd.

20. De High Court of Justice was van mening, dat het in casu ging om maatregelen die „de normale handelspraktijk" vertolkten. Verzoeksters in het hoofdgeding en de Commissie bestrijden deze opvatting met het betoog, dat de regel volgens welke moet worden geleverd wat is besteld, niet in deze context thuishoort. De geneesmiddelenmarkt heeft namelijk een bijzonder karakter; artsen zijn immers geen onafhankelijke marktdeelnemers, want zij hebben een publiekrechtelijk statuut en zijn niet onderworpen aan de wet van de markt.

21. Deze redenering lijkt mij geenszins in strijd met de opvatting, dat moet worden verstrekt wat de arts heeft voorgeschreven.

22. Allereerst lijkt het mij niet moeilijk aan te tonen, dat bij een gewone handelstransactie het beginsel „pacta sunt servanda" niet als een maatregel van gelijke werking kan worden aangemerkt. Dit kan met een eenvoudig voorbeeld worden geïllustreerd. In

10 — Arrest van 11 juli 1974, zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837.

11 — Arrest van 31 maart 1982, zaak 175/81, Jurispr. 1982, blz. 1211, met name r. o. 9.

12 — Arrest van 7 februari 1984, zaak 238/82, Jurispr. 1984, blz. 525.

13 — R. o. 20, eigen cursivering.

twee Lid-Staten in Zuid-Europa bestaan auto's waarvan de modellen tot voor kort identiek waren, maar die een verschillend merk droegen. Veronderstellen we even, dat de autohandelaren van een van deze staten ter uitvoering van bestellingen voor auto's van het nationale merk, identieke auto's van het merk van de andere staat leveren. Dit leidt uiteraard tot stimulering van de invoer, doch dergelijke praktijken zouden door een rechter zonder enige twijfel worden veroordeeld op grond van het verbintenissenrecht. Daarbij zou niemand op de gedachte komen, dat de regel „pacta sunt servanda" als strijdig met artikel 30 zou kunnen worden aangemerkt. Het zou er eenvoudig om gaan gevolg te geven aan de door de klant gemaakte keuze. Toch zou de omvang van de invoer variëren naar gelang de beginselen van het verbintenissenrecht al dan niet in acht worden genomen. Maar deze beginselen hebben uiteraard op zich niets met de invoer te maken.

23. Natuurlijk zijn artsen als zodanig geen marktdeelnemers of consumenten. Zij zijn immers, anders dan de gewone consument, deontologisch aansprakelijk voor de in hun voorschrift gemaakte keuzes, en die aansprakelijkheid kan eventueel tot rechterlijke sancties leiden. Deze vaststelling maakt de vergelijking met de privé-consument niet zwakker, maar juist sterker. Het gaat hier om regels die naleving van medische beslissingen garanderen.

24. In tien van de twaalf Lid-Staten ligt de keuze van het farmaceutische produkt uitsluitend bij de arts, en moet zijn keuze strikt worden in acht genomen. Aan het soevereine karakter van die keuze wordt mijns inziens geen afbreuk gedaan door de verschillende in de loop van de procedure genoemde Britse regels — „zwarte lijst", verplichting om in bepaalde gevallen in het voorschrift de algemene benaming van het geneesmiddel te gebruiken — evenmin als de onafhankelijkheid van de rechter wordt aangetast door de wettelijke bepalingen waarbij zijn ambt wordt geregeld. Deze bevoegdheid moet worden vergeleken met de enige mogelijkheid waarover de patiënt beschikt: zich de voorgeschreven geneesmiddelen al dan niet laten verstrekken. Het Verdrag doet geen afbreuk aan de uitgangspunten die aan deze regels ten grondslag liggen en die bij de vaststelling van deze regels door de Lid-Staten zijn bekrachtigd. De opvatting van de Commissie, dat de normale regels van het handelsverkeer eisen, dat de patiënt een ander dan het voorgeschreven produkt kan aanvaarden, moet worden verworpen. Deze opvatting gaat er immers aan voorbij, dat in de nationale stelsels geneesmiddelen alleen op voorschrift van een arts kunnen worden verkregen. De patiënt kan hem uiteraard deelgenoot maken van zijn voorkeur of zijn bezorgdheid, maar uiteindelijk beslist de arts onder eigen verantwoordelijkheid. Het verbaast mij in dit verband, dat tijdens de mondelinge behandeling onderscheid is gemaakt tussen de verstrekking van het geneesmiddel in het kader van de NHS of in het kader van de particuliere geneeskunde. De gedragsregels mogen niet verschillend worden toegepast naar gelang van de wijze waarop de financiele vergoeding plaatsvindt. Kan men zich voorstellen, dat het beroepsgeheim van de advocaat varieert naar gelang zijn honorarium al dan niet wordt betaald via de regeling voor gratis rechtshulp ?

25. Meer in het algemeen lijkt mij de discussie over de publiekrechtelijke status van artsen die in het kader van de NHS werken, niet ter zake dienend. De verwijzende rechter vraagt immers niet, of het gedrag van de Britse artsen moet worden beschouwd als een geheel van „publiekrechtelijke maatregelen" die inbreuk maken op artikel 30. Hij vraagt ook niet, of het gemeenschapsrecht wordt geschonden in de fase van de medi-

sche keuze, maar wel of *eerbiediging van deze keuze* in strijd is met het Verdrag.

26. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht hebben de Lid-Staten nog steeds de bevoegdheid om zelf de rol van de hulpverleners in de gezondheidszorg te omschrijven. Het gevolg van de zojuist genoemde nationale regels is, dat het verbruik van op voorschrift verkrijgbare geneesmiddelen, en dus de vraag van de apothekers, wordt bepaald door de artsen. Daarom zijn de uitgebreide voorlichtingsacties van de farmaceutische bedrijven en de op bewustmaking van de noodzaak van rationalisatie van de uitgaven voor gezondszorg gerichte campagnes van de sociale-zekerheidsorganen beide op de artsen gericht. Het merkwaardige standpunt van API lijkt nu te zijn: aangezien artsen kennelijk te weinig parallel ingevoerde produkten voorschrijven, moeten de spelregels worden veranderd en moet de apotheker de mogelijkheid worden geboden een voorschrift te „interpreteren". Al kan die mogelijkheid in de Britse context de invoer stimuleren, toch lijkt het mij onjuist daaruit a contrario af te leiden, dat de precieze uitvoering van een voorschrift op zichzelf een met artikel 30 strijdige beperking oplevert. API verzoekt het Hof echter een dergelijke redenering te steunen.

27. In haar opmerkingen betoogt API, dat de parallel ingevoerde produkten moeten kunnen concurreren (*to compete*) met de nationale merken. Mijn mening hierover is heel duidelijk: concurreren met nationale merken betekent concurrentie op de daarvoor bestemde plaats. Laat ik het nog duidelijker zeggen. Wanneer API meent, dat de gelijkwaardigheid van ingevoerde produkten en nationale merken meer vereist dan de formeel gelijke toegang tot de markt waarin de PL(PI)-regeling voorziet, behoort zij er in voorkomend geval voor te zorgen, dat deze vereisten zowel worden in acht genomen met betrekking tot de produkten — door het bestraffen van eventuele misbruiken van het merkenrecht — als met betrekking tot de voorschriften, bij voorbeeld door op te treden tegen eventuele reclamebeperkingen. Aangezien het begrip maatregel van gelijke werking evenwel onderstelt, dat die maatregel op zich de invoer beperkt, kan men zeker geen beroep doen op artikel 30 om te verkrijgen, dat de regels voor de uitvoering van doktersvoorschriften worden gewijzigd. Zoals men zegt, is de boodschapper niet aansprakelijk voor het slechte nieuws. Ik meen dus, dat de bestreden maatregelen, om een ter terechtzitting gebruikte uitdrukking te herhalen, „*the ancillary links in the chain*", de hulpschakels in de keten, vormen.

28. Wat de betrokken regels betreft, blijf ik absoluut bij de opvatting, dat het gemeenschapsrecht hier slechts één eis moet stellen, namelijk dat de regels voor de uitvoering van het doktersvoorschrift strikt neutraal zijn, ongeacht het voorgeschreven produkt. Aangezien dit in casu het geval is, kan het „substitutieverbod" *op zichzelf*

„niet worden beschouwd als een beperking van de door artikel 30 EEG-Verdrag gewaarborgde vrijheid van invoer". [14]

29. Om alle misverstanden te voorkomen, zij erop gewezen, dat deze benadering niet berust op het begrip „dwingende eisen", dat is ontwikkeld in het arrest „Cassis de Dijon" en in 's Hofs latere rechtspraak. Deze „dwingende eisen" gelden namelijk voor maatregelen die het handelsverkeer be-

14 — Zaak 238/82, Duphar, reeds aangehaald, r. o. 20, eigen cursivering.

lemmeren. Ik hoop te hebben aangetoond, dat dit bij de in casu bestreden maatregelen niet het geval is.

30. Wanneer het Hof het eens is met mijn analyse, behoeft niet te worden onderzocht, of de betrokken maatregelen eventueel gerechtvaardigd zijn uit hoofde van artikel 36.

31. Gelet op de zeer duidelijke argumenten tegen de stelling, dat de bestreden maatregelen in strijd met artikel 30 moeten worden geacht, zal ik het op dit punt kort houden. Mocht het Hof evenwel menen, dat dit wel het geval is, kan het dan aannemen, dat zij gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de volksgezondheid of de industriële of commerciële eigendom?

32. Voor mij bestaat er geen twijfel over, dat een precieze afbakening van de rol van de arts en de apotheker een waarborg voor de patiënt vormt. Nauwkeurige uitvoering van het voorschrift is een logisch uitvloeisel van de verantwoordelijkheid van de arts en ongetwijfeld een voorwaarde voor het vertrouwen van de patiënt in de door deze arts voorgeschreven behandeling. Het is met name niet uit te sluiten, dat het verlies van het „placebo-effect" of de „angstfactor" risico's oplevert, die het „substitutieverbod" beoogt te voorkomen.

33. De Commissie betoogt evenwel, dat deze doelstellingen ook met andere, minder beperkende middelen kunnen worden bereikt. Een eerste mogelijkheid zou erin bestaan te eisen dat de patiënt zijn instemming verleent of althans wordt voorgelicht; de tweede bestaat in de invoering van een systeem waarbij op alle voorschriften de vermelding „parallel ingevoerde produkten" komt te staan, die de arts, indien hij dat wenst, kan doorhalen.

34. Wat de toestemming van de patiënt voor de „substitutie" betreft, zij erop gewezen, dat een dergelijk vereiste wel erg formalistisch is en geen rekening houdt met de concrete toestand van de patiënt, die in de meeste gevallen niet in staat is de draagwijdte van een dergelijke toestemming te beseffen, wanneer hij wordt geconfronteerd met een deskundige als de apotheker, die hem aanspoort een ander merk te accepteren dan door de arts is voorgeschreven. Bovendien lijkt het mij zeer gevaarlijk, impliciet de deur te openen voor een situatie waarin het niet is uitgesloten dat de apothekers de „substitutie" in de eerste plaats aanbevelen wegens de forse winst die dit voor hen oplevert.

35. De tweede mogelijkheid komt neer op de invoering van een vermoeden, dat het parallel ingevoerde produkt als „alternatief" wordt voorgeschreven, welk vermoeden de arts echter ongedaan kan maken door schrapping van de daartoe op het voorschrift voorgedrukte vermelding. Op die manier wordt formeel niet geraakt aan de specifieke verantwoordelijkheid van de arts.

36. Ik wil hier twee vragen opwerpen om te wijzen op de keerzijde van een dergelijke oplossing, die volgens mij meer aantrekkelijk dan overtuigend is.

37. De eerste vraag is gesuggereerd in de opmerkingen van het Verenigd Koninkrijk: worden door de aldus aan parallel ingevoerde produkten ingeruimde behandeling andere — eventueel rechtstreeks ingevoerde — volstrekt gelijkwaardige produkten niet gediscrimineerd?

38. De tweede vraag is een vraag van mijzelf. Hoeft men zich niet te storen aan de vraag of een dergelijk „vermoeden" zich wel verdraagt met de medische ethiek?

Mijns inziens moet worden vermeden, dat de rechtspraak van het Hof een betwistbare rangorde in de betrokken waarden aanbrengt. Het Hof heeft aanvaard, dat de bescherming van het merkenrecht rechtvaardigt dat voor een zelfde produkt twee verschillende merken worden gebruikt. Dit ligt juist aan de oorsprong van het hoofdgeding. Is het denkbaar dat het Hof ter verzekering van het vrije verkeer van goederen dat door deze bescherming van het merk objectief wordt belemmerd, grijpt naar een oplossing die de regels betreffende het voorschrijven van geneesmiddelen impliciet maar onvermijdelijk wijzigt?

39. Ten slotte moet nog worden onderzocht, of het substitutieverbod gerechtvaardigd is uit hoofde van bescherming van het merkenrecht, wanneer dit — zoals in deze zaak ter sprake is gekomen — naar nationaal recht wordt geschonden door de aflevering van een produkt van een ander merk dan door de arts is voorgeschreven.

40. Het Hof acht de uitoefening van de rechten die de nationale wettelijke regeling aan de merkgerechtigde verleent om het „specifieke voorwerp" van het merk te beschermen, niet in strijd met het gemeenschapsrecht. In het arrest American Home Products [15] overwoog het Hof, dat:

„een merk met name tot specifiek voorwerp heeft de merkgerechtigde het uitsluitend recht te verzekeren het merk te gebruiken om een produkt als eerste in het verkeer te brengen, en hem aldus te beschermen tegen concurrenten die van de positie en de reputatie van het merk misbruik zouden willen maken door *ten onrechte van het merk voorziene* produkten te verkopen". [16]

Verder verklaarde het Hof, dat

„de wezenlijke functie van het merk (erin bestaat) dat aan de consument of aan de uiteindelijke verbruiker de ware herkomst van het gemerkte produkt wordt gewaarborgd" [17]

en dat

„die waarborg van herkomst meebrengt dat *alleen de merkgerechtigde door aanbrenging van het merk het produkt mag identificeren*". [18]

Het Hof voegde daaraan toe,

„dat het aan de merkgerechtigde toegekende recht er tegen op te komen, dat dit (merk) zonder zijn toestemming op zijn produkt wordt aangebracht, derhalve tot het specifieke voorwerp van het merkrecht behoort". [19]

41. Indien ter uitvoering van een voorschrift waarin produkt A wordt genoemd, produkt B wordt afgegeven, wordt de rechthebbende op merk A zeker in zijn economische belangen geschaad. Zolang produkt B wordt verstrekt onder merk B, zonder te zijn voorzien van een nieuw etiket met merk A, wordt echter niet geraakt aan het uitsluitende recht om laatstgenoemd merk te gebruiken.

42. Met andere woorden, wanneer de „substitutie" van produkten niet gepaard gaat met een materiële handeling waarbij een derde

15 — Reeds aangehaald, noot 1.
16 — R. o. 11, eigen cursivering.
17 — R. o. 12.
18 — R. o. 13, eigen cursivering.
19 — R. o. 17.

„zich de vrijheid aanmatigt het ene dan wel het andere merk op enig deel van de produktie aan te brengen of de merken, zoals ze door de gerechtigde op verschillende partijen van zijn produktie zijn aangebracht, te verwisselen" [20],

kan artikel 36 van het Verdrag niet met succes worden ingeroepen ter rechtvaardiging van het verbod van de betrokken maatregel. In een dergelijk geval komt de zekerheid omtrent de herkomst van het produkt immers niet in gevaar, daar het geneesmiddel wordt verstrekt onder het originele, door de merkgerechtigde aangebrachte merk.

43. Ofschoon ik het niet nodig vind nog verder op dit aspect van de zaak in te gaan, wil ik er, voor het geval het Hof de betrokken maatregel in strijd met artikel 30 zou achten, gewoon op wijzen dat het beroep op de merkbescherming ter rechtvaardiging van die maatregel, het „voorgeschreven" merk een overdreven concurrentievoordeel zou verschaffen.

44. Ik heb reeds eerder gezegd, wat de inzet van het aan het Hof voorgelegde probleem is. Ik realiseer mij wel degelijk, dat het voorschrijven van parallelprodukten, en dus de daadwerkelijke invoer daarvan, afhankelijk is van een aantal toevalligheden. Het probleem is natuurlijk het volgende: bevat het gemeenschapsrecht voor produkten waarvoor een PL(PI)-vergunning is afgegeven, nog andere vereisten dan formeel gelijke toegang tot de markt ?

20 — Zaak 3/78, reeds aangehaald, r. o. 15.

45. Op dit punt dient te worden herinnerd aan wat overduidelijk aan de oorsprong ligt van het geschil voor de verwijzende rechter: in de eerste plaats de moeilijkheid voor parallel ingevoerde produkten om vaste voet te krijgen op een markt die wordt bepaald door de voorschrijfgewoonten van de nationale artsen. De stelling, dat de op de artsen gerichte reclame voor deze produkten niet werkt, lijkt mij betwistbaar. De artsen hebben bij geen enkel geneesmiddel — ingevoerd of binnenlands — een commercieel belang en toch blijven de fabrikanten reclame maken voor hun produkten. Tijdens de mondelinge behandeling is weliswaar gesteld, dat de reclame die de betrokken importeurs voor parallel ingevoerde produkten maken, naar nationaal recht onrechtmatig is, doch het door API gevoerde betoog geeft geen aanleiding om deze eventuele beperkingen aan het gemeenschapsrecht te toetsen.

46. Zoals gezegd, ligt het echte probleem bij het merkenrecht. De Commissie, die bijna de helft van haar opmerkingen aan dit onderwerp besteedt, wijst erop, dat de problemen in de onderhavige zaak van de baan zouden zijn, indien de parallelinvoerders de mogelijkheid kregen hun produkten van nieuwe etiketten te voorzien. Zij verzoekt het Hof overigens het arrest in de zaak American Home Products nader toe te lichten op het punt, of de uitoefening van het merkenrecht — om precies te zijn, het deponeren van twee verschillende merken voor hetzelfde produkt — in strijd is met het gemeenschapsrecht, wanneer zij leidt tot opsplitsing van de markten, dan wel of dit gevolg moet zijn beoogd, gelijk het arrest lijkt aan te duiden.

47. Gelet op het onderhavige prejudiciële verzoek, dient het Hof die vraag uiteraard

niet te beantwoorden om de bewoordingen van zijn arrest in genoemde zaak te bevestigen of te ontkrachten. Ik merk enkel op, dat de strategie van API er niet zozeer in bestaat deze rechtspraak uitdrukkelijk op losse schroeven te zetten, dan wel met behulp van die rechtspraak aan te tonen, dat het de bedoeling was de markten op te splitsen. Ik hoed mij er uiteraard voor, een uitspraak te doen over de kansen op succes van een op laatstgenoemde gronden ingesteld beroep.

48. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de vragen van de Court of Appeal te beantwoorden als volgt:

„Een gedragsregel, waarvan de niet-inachtneming aanleiding kan geven tot tuchtrechtelijke maatregelen van een door de overheid ingesteld lichaam dat van het gemeenrecht afwijkende bevoegdheden bezit, kan een overheidsmaatregel in de zin van artikel 30 EEG-Verdrag zijn.

Een nationale bepaling, volgens welke een apotheker ter uitvoering van een doktersvoorschrift waarin een geneesmiddel met zijn merk of gedeponeerde naam wordt aangeduid, uitsluitend een produkt met dat merk of die naam mag afleveren, is niet onverenigbaar met artikel 30 EEG-Verdrag, zelfs wanneer die bepaling de apotheker belet een produkt te verstrekken dat gelijke therapeutische waarde heeft, dat door de bevoegde nationale autoriteiten is toegelaten op grond van bepalingen vastgesteld overeenkomstig het arrest in zaak 104/75, en dat door dezelfde onderneming of groep van ondernemingen dan wel door de houder van een licentie van die onderneming is vervaardigd, maar dat een merk of naam draagt dat/die in een andere Lid-Staat voor dat produkt wordt gebruikt en afwijkt van het merk of de naam dat/die in het voorschrift is vermeld."