BENELUX - GERECHTSHOF
REGENTSCHAPSSTRAAT 39
1000 BRUSSEL
TEL. 513.86.80

PARKET

COUR DE JUSTICE BENELUX
39, RUE DE LA RÉGENCE
1000 BRUXELLES
TÉL. 513.86.80

PARQUET

CD/LD

Traduction de la pièce
A 82/2/11 + A 82/3/10
Révisé

COUR DE JUSTICE BENELUX

CONCLUSIONS

de Monsieur W.J.M. Berger, avocat général

dans les causes

I. Dr NIJS et crts / CIBA-GEIGY A.G. (A 82/2)

II. HAAGLANDEN U.A. / GIST-BROCADES N.V. (A 82/3)

1. Pour ces deux affaires, je me permets de donner des conclusions uniques parce que les questions que la Cour d'appel de La Haye a soumises à votre Cour dans ses deux arrêts du 28 avril 1982 sont tout à fait identiques et que les faits énoncés par la Cour d'appel, auxquels doit s'appliquer l'interprétation que vous donnerez à la loi, reposent sur des problèmes identiques du droit des marques.

En vue de bien faire saisir les problèmes des cas d'espèce et les développements que je vais consacrer aux questions posées, il me paraît du reste judicieux de reprendre mot pour mot la description des éléments de fait, telle que l'a donnée la Cour d'appel.

2. Dans l'affaire A 82/2 :

"a. Ciba-Geigy est titulaire dans le Benelux de la marque Tandéril pour des médicaments. Ciba-Geigy commercialise sous cette marque une dragée dont le principe actif porte la dénomination générique d'oxyphenbutazone. L'oxyphenbutazone ne peut être obtenu en pharmacie que sur la prescription d'un médecin. ./.

b. Le docteur Nijs délivre à ou pour ses patients des ordonnances portant la mention :"R/Tanderil of gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst" (R/Tandéril ou autre médicament équivalent selon la liste des correspondances) ou "R/Tanderil, met machtiging om een gelijkwaardig ander middel volgens geaccordeerde lijst af te leveren" (R/Tandéril avec autorisation de délivrer un autre médicament équivalent selon la liste des correspondances).

c. La "liste des correspondances" visée dans l'ordonnance constitue une "liste des médicaments identiques ou similaires" figurant dans une brochure intitulée "Voorlichting prijzen geneesmiddelen" (Information relative aux prix des médicaments) et éditée par la Commission d'information sur les prix des médicaments (...). A la page 98, les "dragées d'oxyphenbutazone" sont mentionnées comme "chimiquement identiques" (...) aux dragées Tandéril.

d. A moins que le patient ne lui fasse savoir qu'il souhaite spécifiquement du Tandéril, le pharmacien Jansen délivre le médicament "équivalent" visé dans l'ordonnance, en tout cas tant que le Tandéril est plus cher que ces médicaments équivalents qui se présentent d'ordinaire sans marque, parfois sous une marque autre que Tandéril.

e. Le prix du Tandéril est supérieur à celui des autres médicaments visés dans la prescription.

f. Le docteur Nijs est médecin praticien. Il est au courant des points d et e ; il entend que soit délivré le médicament le moins onéreux. Le médecin n'y a aucun avantage financier.

g. La Cour d'appel tire du point f la conclusion en fait et constate donc souverainement que le docteur Nijs mentionne la marque Tandéril dans les ordonnances visées sous b, principalement pour désigner des médicaments ne provenant pas de Ciba-Geigy.

./.

h. Le pharmacien Jansen n'utilise pas expressément, ni par écrit, ni verbalement, le mot Tandéril lorsqu'il délivre, au vu de pareilles ordonnances, des médicaments ne provenant pas de Ciba-Geigy.

i. Une partie non négligeable des patients néerlandais et des personnes qui en prennent soin (par exemple les père et mère) est intéressée à savoir quels médicaments leur sont prescrits (à eux-mêmes ou aux personnes dont ils prennent soin, par exemple leurs enfants). Chez ces patients ou ces personnes, la marque Tandéril leur restera en mémoire après avoir lu l'ordonnance du docteur Nijs. Lorsque de l'oxyphenbutazone sans marque leur est délivré, ils croiront en conséquence avoir reçu du Tandéril."

3. Dans l'affaire A 82/3 :

"a. Gist-Brocades est titulaire de la marque Cyclospasmol pour des dragées et des capsules contenant un médicament dont le principe actif est le cyclandélate. Elle est par ailleurs titulaire de la marque Disipal pour des dragées contenant un médicament dont le principe actif est le chlorhydrate d'orphénadrine. Les médicaments qui renferment ces principes actifs ne peuvent être obtenus en pharmacie que sur la prescription d'un médecin.

b. Le docteur Hali délivre à ou pour ses patients des ordonnances portant, selon le cas, la mention "R/Cyclospasmol" ou "Disipal", suivie de la concentration et du nombre désirés, et aussi le texte préimprimé : "geen bezwaar tegen het afleveren van een loco-preparaat" (une préparation de substitution (loco) peut être délivrée).

c. A moins que le patient ne fasse savoir au pharmacien Van Teteringen qu'il souhaite spécifiquement du Cyclospasmol ou du Disipal, le pharmacien délivre la préparation de substitution visée dans l'ordonnance, en

./.

tout cas tant que le Cyclospasmol ou le Disipal est plus cher que la préparation de substitution qui se présente d'ordinaire sans marque, parfois sous une marque autre que Cyclospasmol ou Disipal. Cette préparation contient comme principe actif du cyclandélate ou du chlorhydrate d'orphénadrine.

d. Le prix du Cyclospasmol et du Disipal est supérieur à celui de la plupart des préparations de substitution.

e. Le docteur Hali est praticien généraliste. Il est au courant des points c et d ; il entend que soit délivré le médicament le moins onéreux. Il n'y a pas avantage financier.

f. La Cour d'appel tire du point e la conclusion en fait et constate donc souverainement que le docteur Hali mentionne la marque Cyclospasmol ou Disipal dans les ordonnances visées sous b, principalement pour désigner des médicaments ne provenant pas de Gist-Brocades.

g. Le pharmacien Van Teteringen n'utilise pas expressément, ni par écrit ni verbalement, le mot Cyclospasmol ou Disipal lorsqu'il délivre, au vu de pareilles ordonnances, des médicaments ne provenant pas de Gist-Brocades.

h. Une partie non négligeable des patients néerlandais et les personnes qui en prennent soin (par exemple les père et mère) est intéressée à savoir quels médicaments leur sont prescrits, à eux-mêmes ou aux personnes dont ils prennent soin (par exemple leurs enfants). Chez ces patients ou ces personnes, la marque Cyclospasmol ou Disipal leur restera en mémoire après avoir lu l'ordonnance du docteur Hali. Lorsqu'un médicament sans marque est délivré sur ordonnance comme il a été dit, ils croiront en conséquence avoir reçu du Cyclospasmol ou du Disipal."

./.

4. Par souci d'être complet, j'ajoute aux faits qu'on vient de lire que dans l'arrêt de renvoi dans l'affaire A 82/2 (Ciba-Geigy), dont la motivation est plus circonstanciée, la Cour d'appel a relevé dans l'attendu n° 11 :

"En rédigeant la question IV ci-dessous, la Cour d'appel a considéré que s'il faut admettre que le pharmacien Jansen "emploie" la marque Tandéril, il ne peut s'agir que d'un emploi au sens de l'article 13-A-1 de la loi Benelux sur les marques. Cet emploi éventuel concerne en effet la vente et la fourniture de sa marchandise (similaire à celle pour laquelle Ciba-Geigy est titulaire de la marque Tandéril)."

A mon avis, il faudra avoir égard à cet attendu, également dans l'affaire A 82/3 (Gist-Brocades).

Bien que votre Cour doive accepter les faits tels qu'ils sont formulés par le juge national, je ne peux passer sous silence que dans les présentes affaires, ce juge a laissé transparaître, dans l'énonciation des faits, une connotation qui sous-tend une réponse affirmative aux questions posées. Je vise spécialement le passage relatif à l'opinion que se fait "une partie non négligeable des patients néerlandais et les personnes qui en prennent soin" quant aux articles de marque litigieux, critère auquel il n'est pas rare de recourir en cas d'usage abusif d'une marque, mais qui, dans la présente affaire, ne me paraît pas être appelé à jouer un rôle significatif, ne fût-ce qu'au motif que ce critère ne peut être retenu qu'à partir du moment où est établi l'usage de la marque au sens de la loi. Or, en l'espèce, c'est là précisément toute la question.

./.

5. Les questions préjudicielles concernent, dans les deux procédures, l'interprétation de l'article 13 A de la loi uniforme Benelux sur les marques de produits (LBM), disposition dont je fais suivre les passages pertinents :

"A. Sans préjudice de l'application éventuelle du droit commun en matière de responsabilité civile, le droit exclusif à la marque permet au titulaire de s'opposer à :

1. tout emploi qui serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée ou pour les produits similaires ;
2. tout autre emploi qui, dans la vie des affaires et sans juste motif, serait fait de la marque ou d'un signe ressemblant, en des conditions susceptibles de causer un préjudice au titulaire de la marque."

6. QUESTION I

"Lorsqu'un médecin praticien - généraliste ou spécialiste - délivre à un patient une ordonnance pour un médicament, acte pour lequel le médecin perçoit des honoraires, que le patient se rend avec cette ordonnance chez le pharmacien qui lui remet le médicament contre payement et que ce médicament est désigné par une marque sur l'ordonnance, ce médecin "emploie"-t-il la marque "pour des produits" dans le sens visé à l'article 13-A-1 de la loi susmentionnée ?"

Soulignons d'emblée que cette question, telle qu'elle a été formulée, ne rend pas parfaitement compte de la réalité. Votre Cour doit certes

./.

accepter la question telle qu'elle a été posée par le juge du fond, mais je me dois, je pense, de relever une présentation non conforme des choses. Que se passe-t-il en réalité lorsqu'un médecin délivre une ordonnance à un patient qui, on le suppose, vient le consulter à cause de troubles du fonctionnement de son organisme ou d'un organe ? Le patient a alors (je n'envisage ici que les cas les plus courants) un entretien avec un médecin (généraliste ou spécialiste) qui l'examinera, posera son diagnostic et prescrira, au besoin, une médication. Cette dernière opération conduira à l'établissement d'une ordonnance, c'est-à-dire "un écrit émanant d'un médecin, d'un dentiste ou d'une sage-femme et prescrivant la préparation ou la remise d'un médicament destiné à une ou à plusieurs personnes citées nommément ou désignées par des chiffres ou des lettres" (art. ler, al. ler, début et 1 de la loi (néerlandaise) sur la distribution de médicaments, S. & J., n° 129/I - 1981-). Ajoutons, pour être complet, ce que la loi (néerlandaise) entend par médicament :
"substance ou combinaison de substances, utilisée, présentée ou recommandée comme ayant la propriété de :

1° guérir, soulager ou prévenir toute affection, maladie, symptôme, douleur, blessure ou infirmité chez l'homme,

2° rétablir, améliorer ou modifier le fonctionnement des organes humains,

3° permettre l'établissement d'un diagnostic médical par son administration ou son utilisation chez l'homme." (voir : article de loi précité, litt. e).

./.

Sans doute les législations belges et luxembourgeoises ne présentent-elles pas sur ce point de différences essentielles avec les Pays-Bas.

Ainsi donc, il apparaît inexact de dire que le médecin praticien perçoit ses honoraires en échange de la remise de l'ordonnance à son patient. Ses honoraires, le médecin les reçoit pour sa consultation, laquelle débouche le plus souvent sur l'établissement d'une ordonnance prescrivant un médicament. Je me suis attaché un peu plus longuement à cet aspect parce que la question posée suggère que le médecin est payé pour la remise d'une ordonnance. Dans pareille optique, cette prestation (la remise d'une ordonnance) pourrait être qualifiée de commerciale, ce qu'elle ne constitue certainement pas envisagée dans le cadre de l'art médical.

7. Cette tentative étant faite d'assigner à l'ordonnance sa véritable place dans les relations médecin-patient, je voudrais m'interroger un instant sur le contenu et la fonction de cet écrit qui se trouve au coeur même des affaires dont vous êtes saisis.

Comme je l'ai déjà souligné, l'ordonnance renferme des indications quant à la préparation ou la délivrance de médicaments. Suivant les dispositions légales concernées (que je ne vais pas mentionner expressément ici), de nombreux médicaments ne peuvent être obtenus dans les pays du Benelux qu'auprès des pharmacies agréées qui ne peuvent procéder à la délivrance de ces médicaments que lorsque le patient peut remettre au pharmacien une ordonnance délivrée par un médecin autorisé à pra-

./.

tiquer la médecine et prescrivant tel ou tel médicament. Le pharmacien est tenu de respecter strictement les indications (désignation et préparation) portées sur l'ordonnance.

Il s'ensuit que l'ordonnance remplit une double fonction.

D'une part, le patient y trouvera l'avis du médecin quant au médicament qui lui convient et elle lui donnera le droit de se voir remettre ce médicament, d'autre part, elle confère au pharmacien l'autorisation et l'obligation d'opérer la délivrance du médicament. Observons que ce n'est donc pas le médecin qui donne mandat au pharmacien de remettre le médicament au patient, mais que c'est bien le patient lui-même qui agit ainsi en présentant l'ordonnance au pharmacien. En effet, le patient a tout loisir de suivre ou de ne pas suivre la médication que le médecin lui a prescrite. C'est donc en définitive le patient qui réclame la remise du médicament et qui en effectue donc l'achat.

8. Au point 6, j'ai souligné déjà que la prestation du médecin consistant en la remise d'une ordonnance de médicament n'a pas en soi de caractère commercial, alors qu'il résulte du point 7 que la remise du médicament se déroule entre le pharmacien et le patient. Dans ces conditions, on ne peut dès lors pas, à mon avis, soutenir que le médecin qui désigne par une marque le médicament en cause dans son ordonnance, "emploie" cette marque "pour des produits" au sens de l'article 13-A-1 LBM. En conséquence, c'est par la négative qu'il faudra répondre à la première question.

9. A mon sens, on peut invoquer en tout cas, à l'appui d'une réponse négative

./.

à la première question, deux arrêts de votre Cour définissant la notion d'"emploi" à l'article 13-A.

Je voudrais faire référence tout d'abord à l'arrêt du 29 juin 1982 (Hagens/Niemeyer, A 81/5, Recueil de Jurisprudence 1981-1982, p. 40). Le sommaire de cet arrêt nous apprend que :

"L'emploi de la marque ou d'un signe ressemblant, pour les produits pour lesquels la marque est enregistrée ou pour des produits similaires, auquel, aux termesde l'article 13-A, 1° et 2°, de la loi uniforme, le titulaire peut s'opposer, doit s'entendre de l'usage de cette marque ou de ce signe par une personne, concernant ses propres marchandises ou services, pour en favoriser le commerce ou la prestation, ou pour désigner sa propre entreprise ; il s'en déduit qu'un entrepreneur ne se rend pas coupable d'un tel emploi des seuls faits qu'il reçoit d'un expéditeur des produits revêtus d'une marque, qu'il transporte ceux-ci et les livre au destinataire même s'il sait qu'un juge a interdit à l'expéditeur de livrer lesdits produits aux détaillants, le transport étant effectué soit sur l'ordre du destinataire, soit sur celui de l'expéditeur."

En second lieu, il importe de se reporter, encore que ce soit plus spécialement en rapport avec la question II, à l'arrêt de votre Cour du 2 février 1983 (Research/Chrompack, A 82/1, NJ 1983, 450, avec note L.W.H., B.I.E. 1984, p. 18) par lequel votre Cour a jugé que :

"Celui qui se sert de la marque d'autrui en indiquant dans une publi-

./.

cation, en vue de favoriser le commerce de son propre produit, qu'il a été fait usage dans la confection de ce produit d'une matière mise en circulation sous cette marque, emploie ladite marque dans la vie des affaires au sens de l'article 13-A-2 de la loi uniforme Benelux sur les marques de produits."

10. Or, si l'on analyse, ainsi que le fait Van Nieuwenhoven Helbach ("Nederlands handels- en faillissementsrecht" II Industriële eigendom en mededingingsrecht - 1983 - n° 742), l'interprétation donnée par votre Cour de l'"emploi" à l'article 13-A, en ce sens que cette notion s'entend, à l'article 13-A-1, de l'usage d'une marque ou d'un signe en rapport avec ses propres marchandises ou produits manufacturés, et à l'article 13-A-2, de l'usage de cette marque ou de ce signe pour favoriser le commerce de ses propres produits ou services, on reconnaîtra d'emblée qu'un médecin qui désigne un médicament par une marque dans une ordonnance ne se sert pas de cette marque en rapport avec ses propres marchandises ou produits manufacturés et qu'il ne l'emploie donc pas au sens de l'article 13-A-1. Compte tenu des arrêts précités (auxquels je peux encore ajouter l'arrêt du 27 janvier 1981 (Turmac/Reynolds, A 80/1, Recueil de Jurisprudence 1980-1981, p. 23 concernant "l'usage normal" au sens de l'article 5-3 LBM), la conclusion à laquelle j'ai abouti plus haut me paraît fondée parce qu'il ressort clairement de ces arrêts que votre Cour envisage les dispositions de la LBM, et spécialement l'article 13, comme régissant le droit de la concurrence, en particulier le droit à la marque dans son contexte concurrentiel. Or, le médecin et les mentions portées sur son ordonnance sont totalement étrangers à ces aspects.

Le médecin occupe certes une place de premier plan dans le

./.

système commercial de distribution des médicaments de marque, mais sa situation n'est pas de nature à en faire un usager de la marque au sens utilisé dans la question I. A cet égard, il est possible, me semble-t-il, d'établir un parallèle avec le "simple transporteur" dans l'arrêt A 81/5 cité ci-dessus. Dans les conclusions que j'ai données dans cette affaire, j'avais considéré que le transporteur utilisait la marque lors des opérations auxquelles il se livrait avec le café Jacobs, parce que cette marque était déterminante de son transport et des livraisons et que le transporteur faisait ainsi usage de la marque au sens de l'article 13-A. Cette conception a été rejetée sans équivoque par la Cour.

Baumbach-Hefermehl ("Warenzeichenrecht" - 1979 - p. 559, 19 C) évacue le problème de l'usage d'une marque dans les prescriptions médicales en se bornant à faire observer que :

"Ein zeichenmäsziger Gebrauch liegt nicht vor, weil das Zeichen nicht dazu dient, das Medikament im geschäftlichen Verkehr seiner Herkunft nach unterscheidbar zu machen."

11. Pour en revenir à la fonction de l'ordonnance, je voudrais encore ajouter ceci. Comme je l'ai dit, l'ordonnance constitue d'une part, un document imposé par la loi autorisant le pharmacien à délivrer le médicament désigné à la personne indiquée ; d'autre part, elle constitue un avis écrit à l'adresse du patient pour qu'il recoure au médicament prescrit à des fins thérapeutiques et conformément à l'ordonnance qui lui est donnée. Généralement, encore que ce ne soit pas toujours le cas, il importe peu au médecin, dont l'ordonnance désigne le médicament recommandé à l'aide d'une marque qu'il connaît (et qui est utilisée dans la distribution de ce médicament), que le patient obtienne ledit médicament du titulaire de la marque par l'intermédiaire

./.

du pharmacien ou que le patient se voie remettre le ou les principes actifs contenus dans le médicament, sans mention de marque ou comme préparation magistrale, c'est-à-dire que le médicament contenant les principes actifs adéquats ont été préparés par le pharmacien lui-même. Or, pour exprimer cette alternative, il est d'usage, dans le monde médical, de faire précéder la marque par le terme "loco" dans l'ordonnance ou d'utiliser l'une des formules que la Cour d'appel a mentionnées dans l'énonciation des faits.

Cet usage n'implique pas dans le chef du médecin un emploi de la marque au sens de l'article 13-A-1 parce que cet emploi, comme on l'a dit, ne se rapporte pas à des marchandises propres ou à des produits manufacturés propres mais entend exprimer seulement l'alternative médicament de marque/principes actifs que celui-ci renferme. La composition de tous les médicaments de marque est connue (en application de règles légales à cet effet). Sous réserve des brevets, aspect qui n'est pas envisagé dans les présentes procédures, le pharmacien a la faculté d'imiter les médicaments de marque et de les commercialiser sans mention de marque ou sous une autre marque.

En bref : (dans l'affaire 82/2) Ciba-Geigy ne détient pas, en tant que titulaire de la marque "Tandéril", de monopole sur la commercialisation de "l'oxyphenbutazone" ;

(dans l'affaire 82/3) Gist-Brocades, en tant que titulaire des marques "Cyclospasmol" et "Disipal", ne détient pas de monopole sur la commercialisation, respectivement, du "cyclandélate" et du "chlorhydrate d'orphénadrine".

(Voir la note de Meijers sous l'arrêt "protargol" cité plus loin).

Dans cet ordre d'idées, qu'il me soit permis de faire référence à Com. Bruxelles (Prés.) 15 novembre 1982 (R.W. 1983, p. 718),

./.

qui juge licite l'annonce parue dans une revue spécialisée sous le titre :

"Nouveau pour les préparations magistrales : Dipyridamole Delta", annonce au bas de laquelle on pouvait lire en petits caractères : "Dénomination de marque : Dipyridamole Persantin 12 Boehringer Ing. (spécialité)".

Voyez également la note sous cette décision.

12. QUESTION II

"S'il est répondu par la négative à la question I : le médecin "emploie"-t-il alors la marque dans le sens visé à l'article 13-A-2 de la loi susmentionnée ?"

En se référant à l'arrêt Hagens/Niemeyer précité, il convient de répondre par la négative à cette question-ci également. En effet, on ne peut pas dire d'un médecin qui établit une prescription et y désigne un médicament par une marque, qu'il se sert de cette marque ou de ce signe concernant ses propres marchandises ou services, pour en favoriser le commerce ou la prestation. Quel que soit l'intérêt commercial qu'il représente pour l'industrie pharmaceutique, le contenu de l'ordonnance est inopérant du point de vue du droit des marques.

De plus, il me paraît opportun de signaler à ce propos que le contenu des ordonnances relève du secret professionnel des médecins et des pharmaciens.

"Aussi ne sont-ils pas autorisés à donner à quiconque connaissance ou copie de l'ordonnance, ou a en divulguer le contenu d'une toute autre manière que se soit, sauf à l'égard :

a. de celui qui l'a prescrite ;

b. du patient ou de son représentant légal ;

c. du médecin traitant ;

./.

d. des officiers de la police judiciaire et de l'inspecteur de la santé publique, qui a l'art pharmaceutique et la distribution des médicaments dans ses compétences ;

e. des pharmaciens ou des médecins propharmaciens en vue de la préparation ou de la délivrance des médicaments." (Merkus "Het voorschrijven van geneesmiddelen" - 1979 - p. 301).

L'industrie (ou le commerce) pharmaceutique ne peut donc être informée du contenu des ordonnances, a forciori, elle ne peut pas exercer, par le canal de la LBM, une influence déterminante sur leur contenu.

13. QUESTION III

"S'il est répondu par l'affirmative à la question II : le médecin emploie-t-il alors la marque "dans la vie des affaires" dans le sens visé à cet article 13-A-2 ?"

Selon les vues que j'ai exposées concernant les questions I et II, la question sous rubrique n'appelle plus de réponse.

Toutefois, je voudrais y rattacher une brève observation. Le médecin qui établit une prescription et qui y mentionne une marque n'utilise pas celle-ci "in het economisch verkeer". Dans sa formulation néerlandaise, le texte de l'article 13-A-2 pourrait susciter des hésitations, mais le texte français "dans la vie des affaires" me paraît parfaitement clair : c'est bien de la vie des affaires, du négoce qu'il s'agit. Se trouve ainsi nettement tracé le cadre où situer, dans les relations de la vie sociale, cette disposition du droit des marques : le commerce, singulièrement, en l'espèce, la rivalité concurrentielle de qui se dispute une clientèle commerciale. On ne peut soutenir avec raison, à mon avis, que le médecin

./.

qui délivre à son patient une ordonnance portant un médicament indiqué à l'aide d'une marque, se sert, ce faisant, de la marque en homme d'affaires engagé dans des relations de commerce. L'ordonnance constitue, je le répète, un avis écrit destiné au patient et lui permettant d'obtenir un médicament déterminé ou (comme en l'espèce) un médicament équivalent. Toutes choses en rapport avec l'exercice de la médecine et sans relation aucune avec le commerce.

14. QUESTION IV

"Lorsque au vu d'une ordonnance telle que décrite dans l'attendu n° 2, sous b, le pharmacien délivre au patient un médicament ne provenant pas du titulaire de la marque mentionnée dans l'ordonnance alors que l'acheteur (le patient), à la suite de la lecture de l'ordonnance présentée au pharmacien et non en raison d'une quelconque communication faite par celui-ci ou en son nom, croit recevoir le médicament de marque, sans que le patient exprime cette opinion, le pharmacien "emploie"-t-il la marque pour le produit qu'il délivre au patient, dans le sens visé à l'article 13-A-1 de la loi susmentionnée ?."

Pour répondre à cette question, il m'en faut revenir à la fonction et au rôle, attribués à l'ordonnance à ce stade de l'acte médical. Dans l'ordonnance, comme je l'ai dit, le médecin fixe par écrit son avis adressé au patient quant au médicament à utiliser et si le patient veut effectivement suivre la médication prescrite (soulignons-le une nouvelle fois, c'est à lui qu'appartient la décision sur ce point), il devra se munir de cette ordonnance et se rendre dans une pharmacie afin d'obtenir

./.

en échange la remise du médicament défini dans l'ordonnance. L'ordonnance contient donc, à la suite de l'avis du médecin, la commande à remettre par le patient au pharmacien en vue de la remise du médicament dont le patient a besoin. Ainsi, dans les présentes affaires, la commande porte sur un médicament désigné premièrement par la marque sous laquelle il est commercialisé par ou au nom du titulaire de la marque, et la même commande ajoute qu'elle peut aussi être exécutée par la remise d'un médicament équivalent (c'est-à-dire un médicament renfermant les mêmes principes actifs que le médicament de marque, qu'on le trouve dans le commerce sous une marque ou non). Lorsque le pharmacien exécute exclusivement la seconde branche de l'alternative offerte par la commande, sans donner à penser, par des paroles ou par un écrit, qu'il délivrerait le médicament de marque premier cité, il me paraît que dans ces conditions, le pharmacien n'"emploie" pas la marque de ce médicament au sens de l'article 13-A-1. Le pharmacien doit certes prendre connaissance de la marque pour juger de l'équivalence par rapport au produit à délivrer selon la seconde branche de l'alternative, mais lorsqu'il n'extériorise cette marque en aucune manière en rapport avec le produit qu'il délivre, il n'y a pas emploi de la marque au sens précité. Il en irait autrement que si le patient-acheteur avait fait savoir expressément au pharmacien ne pas vouloir du médicament de rechange (le médicament "loco"), mais désirer le médicament de marque, car, dans cette hypothèse, le pharmacien emploierait la marque en rapport avec ses propres produits, qui sont similaires, du moins en rapport avec un produit n'émanant pas du titulaire de la marque.

./.

Peu importe, à mon avis, que la dénomination de marque du médicament reste dans la mémoire d'une partie non négligeable des patients néerlandais qui auront lu une ordonnance de ce type et qu'ils penseront, en se voyant remettre un médicament sans marque, avoir reçu le médicament de marque. Dans ce cas, pareille méprise sera tout à fait imputable à eux-mêmes, d'abord parce qu'ils n'auront manifestement pas lu convenablement l'ordonnance (à supposer qu'ils aient pu déchiffrer la dénomination de marque, ils auront négligé la mention additionnelle) et ensuite parce qu'ils n'auront pas été attentifs aux mentions portées sur le produit qui leur aura été remis.

Enfin, arrêtons-nous encore à l'arrêt "protargol" (HR 10 janvier 1936 NJ 1936, 79, avec note Meijers) qui a déjà été évoqué dans la réponse à la question I. Je ne pense pas que cette décision, largement critiquée dans la note Meijers, fasse obstacle à une réponse négative à la question posée.

Le Hoge Raad a considéré notamment :

"que la protection légale de la marque verbale "protargol" de Farbenindustrie pour du protéinate d'argent a pour conséquence qu'aucun négociant ne peut déliver, dans notre pays, sous la dénomination protargol, du protéinate d'argent qui ne provienne pas de Farbenindustrie, même si le public n'a plus conscience que cette dénomination constitue une marque et qu'elle indique donc une provenance bien déterminée du produit, le négociant ou le fabricant, et, donc, même si le public a pris l'habitude d'appeler protargol le protéinate d'argent quelle que soit sa provenance ;

que la délivrance sous cette dénomination comprend aussi la

./.

délivrance de protéinate d'argent par le pharmacien au vu d'une ordonnance prescrivant du protargol, à moins qu'il ne fasse savoir, lors de la remise du produit, qu'il fournit autre chose que du protargol ;

que donc, en délivrant une solution de protéinate d'argent ne provenant pas de Farbenindustrie au vu d'une ordonnance prescrivant une solution de protargol et sans faire savoir, ce faisant, qu'il ne délivrait pas du protargol, Kruysse a porté atteinte aux droits de Farbenindustrie ; qu'il est indifférent à cet égard qu'il n'ait alors lui-même ni prononcé ni mis par écrit le mot protargol."

On ne peut tirer de cet arrêt aucune conséquence pour nos cas d'espèce parce que dans cette affaire, seul du protargol était prescrit et qu'en présentant l'ordonnance, le patient-acheteur a donc entendu expressément se voir délivrer du protéinate d'argent de la marque protargol.

Il vaut la peine de souligner que même dans la conception du Hoge Raad, que Meijers critique pour être trop restrictive, une simple communication de la part du pharmacien peut rendre inopérants les droits du titulaire. Il est intéressant également de relever que selon la note de Meijers, le même effet peut être obtenu lorsque les médecins font précéder la dénomination de marque de la lettre l (=loco).

15. Disons en guise d'ultime observation qu'il ressort de ce qui précède, à mon avis, que les dispositions de la LBM ne sont pas de nature à faire obstacle à la pratique actuelle en matière de prescriptions médicales et de distribution des médicaments par les pharmaciens. Toutefois, il serait bon, me semble-t-il, que le patient soit tenu,

./.

d'une manière générale, plus exactement informé de ces questions.

16. Je conclus à ce que votre Cour réponde par la négative aux questions I, II et IV, la question III devenant par là même sans objet.

La Haye, le 6 février 1984