

B99.005

BESLISSING VAN BEROEPSKAMER 1 VAN DE COMMISSIE VAN BEROEP VAN DE STICHTING CODE GENEESMIDDELENRECLAME IN KORT GEDING (25 februari 2000)

In de zaak van:

de besloten vennootschap SCHERING-PLOUGH B.V. ,
gevestigd te Maarssenbroek,
appellante,
advocaat mr E.A.P. Engels te Amsterdam,

tegen:

de besloten vennootschap HOECHST MARION ROUSELL B.V.,
gevestigd te Hoevelaken,
geïntimeerde,
advocaat mr A.W.G. Artz te Rotterdam

met betrekking tot een klacht ten aanzien van een uiting van geneesmiddelenreclame voor het middel: **Claritine** ® (verder: Claritine). Partijen zullen verder worden genoemd Hoechst Marion Roussel en Schering-Plough.

1. HET GEDING IN BEROEP

1.1. Bij brief van 7 december 1999 is Schering-Plough bij de Commissie van Beroep van de Stichting Code Geneesmiddelen Reclame (verder te noemen: de Commissie van Beroep) in beroep gekomen van een op 30 november 1999 onder nummer K99005 in kort geding in conventie en reconventie uitgesproken beslissing van de Codecommissie van de Stichting Geneesmiddelen Reclame (verder te noemen: de Codecommissie), gegeven tussen Hoechst Marion Roussel als klagster in conventie, verweerster in reconventie en Schering-Plough als verweerster in conventie, klagster in reconventie.

1.2 Bij memorie van grieven heeft Schering-Plough drie grieven tegen voormelde beslissing aangevoerd en geconcludeerd dat de Commissie van Beroep in conventie de klacht van Hoechst Marion Roussel alsnog ongegrond zal verklaren en de door haar - Schering-Plough - in reconventie gevraagde voorziening zal toewijzen, met veroordeling van Hoechst Marion Roussel in de kosten van zowel de eerste instantie als het hoger beroep.

1.3 Bij memorie van antwoord heeft Hoechst Marion Roussel de grieven bestreden en geconcludeerd tot verwerping van het beroep, althans tot bevestiging van de beslissing van de Codecommissie, met veroordeling van Schering-Plough in de kosten van de eerste instantie en het beroep.

1.4 Ter zitting van 4 februari 2000 heeft de behandeling van het beroep plaatsgevonden. Namens Schering-Plough waren aanwezig dr. F.A.M.G. de Haleux, medisch directeur Benelux en G. Peters, product manager, bijgestaan door mr E.A.P. Engels. Hoechst Marion Roussel was ter zitting vertegenwoordigd door mw. N. Smilde, manager regulatory en G. van Dam, divisiedirecteur, bijgestaan door mr A.W.G. Artz.

De raadslieden hebben de standpunten van partijen aan de hand van een pleitnota toegelicht.

Nadat de raadslieden nog hadden gere- en dupliceerd, hebben partijen hun stukken overgelegd en een beslissing gevraagd. De inhoud van al deze stukken geldt als hier ingelast.

2. DE GRIEVEN

In conventie en reconventie

2.1 Schering-Plough heeft de volgende grieven tegen de beslissing van de Codecommissie aangevoerd:

2.1.1 Ten onrechte heeft de Codecommissie geoordeeld, dat de actie van Schering-Plough waartegen de klacht van Hoechst Marion Roussel zich richt, te beschouwen is als reclame in de zin van het Reclamebesluit Geneesmiddelen en de Code Geneesmiddelenreclame en voorts te beschouwen is als publieksreclame in de zin van de Code voor de Publieksreclame en een op grond van artikel 5 van die code verboden "refund"-actie vormde.

2.1.2 De tegenvordering van Schering-Plough is ten onrechte afgewezen op grond van de overweging dat de klacht van Schering-Plough feitelijke grondslag zou missen.

2.1.3 Ten onrechte heeft de Codecommissie de klacht van Hoechst Marion Roussel gegrond bevonden en ten onrechte heeft de Codecommissie de tegenklacht van Schering-Plough ongegrond bevonden en de door Schering-Plough gevraagde voorzieningen geweigerd.

3. DE FEITEN

In conventie en reconventie

3.1 In haar beslissing van 30 november 1999 heeft de Codecommissie onder A. in conventie en reconventie een aantal feiten als ten processe vaststaand opgesomd. Die opsomming is niet bestreden zodat ook de Commissie van Beroep, met aanvulling van enkele in eerste aanleg en in beroep gestelde doch niet weersproken feiten, van die feiten uitgaat.

4. DE BEHANDELING VAN DE GRIEVEN

In conventie en reconventie

4.1 Volledigheidshalve en met verwijzing naar het feitenoverzicht in de door de Codecommissie gegeven beslissing geeft de Commissie van Beroep de volgende feitelijke uitgangspunten weer. Hoechst Marion Roussel en Schering-Plough zijn ondernemingen die zich bezighouden met de productie, verhandeling en distributie van geneesmiddelen. Hoechst Marion Roussel brengt onder meer het geneesmiddel Telfast (r) (verder: Telfast) op de markt, dat wordt toegepast en is geregistreerd voor verlichting van symptomen van seizoensgebonden allergische rhinitis en chronische idiopathische urticaria. De stofnaam van dit product is fexofenadine. Schering-Plough brengt onder de merknaam Claritine (een niet-UR geneesmiddel) eveneens een geneesmiddel op de markt dat wordt toegepast en is geregistreerd voor verlichting van de symptomen van seizoensgebonden en niet-seizoensgebonden allergische rhinitis. De stofnaam van dit product is loratadine. Op 1 september 1999 is het besluit van de Minister van 21 juli 1999 tot wijziging van de Regeling farmaceutische hulp 1996 in werking getreden, tengevolge waarvan bepaalde buiten WTG-middelen, waaronder Claritine, enkel nog voor vergoeding in aanmerking komen indien de patiënt op medische indicatie langdurig gebruik moet maken van deze middelen. Voor deze groep geldt echter dat alle "nieuwe" patiënten het eerste recept voor 15 dagen zelf moeten betalen. Schering-Plough is hierop met de volgende actie gestart. De patiënt ontvangt van een aan de actie meewerkende huisarts een waardecoupon van Schering-Plough indien Claritine wordt voorgeschreven. Deze waardecoupon geeft recht op gratis verstrekking van 15 tabletten Claritine. De meewerkende huisartsen zijn door Schering-Plough voorzien van deze waardecoupons. Deze kunnen door de patiënten worden verzilverd door inlevering van de coupons (te zamen met het recept) bij de meewerkende apothekers. Deze apothekers verstrekken de eerste 15 Claritine vervolgens gratis aan de patiënt. De apothekers ontvangen tegen inlevering van de ingekomen coupons een bepaalde vergoeding van Schering-Plough. Schering-Plough heeft aan de Stichting Code Geneesmiddelen Reclame laten weten dat zij aan de beslissing van de Codecommissie inmiddels uitvoering heeft gegeven.

4.2 Hoechst Marion Roussel baseert haar klacht in eerste aanleg - kort gezegd - op de stelling dat de actie van Schering-Plough is aan te merken als een tot de beroepsbeoefenaren en het publiek gerichte verboden "refund"-actie, dat Schering-Plough heeft verzuimd de vereiste informatie met betrekking tot Claritine te verstrekken en dat de door laatstgenoemde in de coupons gebezigde uitingen misleidend zijn. Hoechst Marion Roussel stelt zich op het standpunt dat Schering-Plough zich schuldig maakt aan ongeoorloofde reclame en dat zij, waar de geneesmiddelen Telfast en Claritine direct concurrerend zijn, onrechtmatig handelt, tengevolge waarvan zij, Hoechst Marion Roussel, schade lijdt.

4.3 De Codecommissie heeft de klacht van Hoechst Marion Roussel afgedaan op basis van de gestelde "refund"-actie. De overige gronden van de klacht - gebrekkige informatieverstrekking en misleiding - heeft zij verder buiten beschouwing gelaten. De Codecommissie heeft omtrent de hierboven omschreven actie van Schering-Plough geoordeeld dat er sprake is van een reclameuiting in de zin van artikel 1, lid 1 onder a. van het Besluit geneesmiddelenreclame en in de zin van de Code Geneesmiddelenreclame (hoofdstuk "III begripsbepalingen) en dat deze actie moet worden aangemerkt als een "refund"-actie als aangeduid in artikel 5 van de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen. Voorts heeft zij ten aanzien van de bestreden actie overwogen dat, ook al zou deze niet als "refund"-actie zijn te kwalificeren, het om niet (doen) verstrekken van publieksverpakkingen niet is toegestaan. De Codecommissie heeft Schering-

Plough opgelegd de gewraakte handelingen onmiddellijk te staken en gestaakt te houden en binnen een week na de beslissing een rectificatiebrief te verzenden. Tegen deze overwegingen en beslissingen richten zich de grieven 1 en 3 van Schering-Plough.

4.4 Ter onderbouwing van haar grieven heeft Schering-Plough het volgende aangevoerd. De Codecommissie heeft de achtergrond en het karakter van de actie van Schering-Plough niet dan wel onvoldoende in aanmerking genomen. Er is geen sprake geweest van reclame. Er is volgens Van Dale alleen sprake van reclame als producten of diensten worden aanprezen ter bevordering van de afzet daarvan. De strekking van de actie was daarentegen het verlies van marktaandeel nog enigszins te beperken. Het vragen van diensten van de beroepsbeoefenaren waar de Codecommissie over spreekt moet, wil er sprake zijn van reclame, geschieden in het kader van aanprijzing van geneesmiddelen als hiervoor bedoeld. Nu er geen sprake is van reclame jegens de beroepsbeoefenaren is er evenmin sprake van publieksreclame. De actie richtte zich niet tot het algemene publiek. Overigens bevatte de coupons geen enkele aanprijzing van Claritine. De coupons konden het gedrag van de patiënt ook niet beïnvloeden omdat deze pas werden gegeven na het voorschrijven van Claritine door de arts. Maar ook indien de actie wel is te beschouwen als een reclameactie, dan nog is er geen sprake van een verboden "refund"-actie als genoemd in artikel 5 van de Code Publieksreclame voor Geneesmiddelen. Immers, er is niet gehandeld in strijd met de strekking van die bepaling namelijk het voorkomen dat het rationele gebruik van geneesmiddelen in farmacotherapeutische opzicht in gevaar komt. De consument werd niet aangezet tot onnodig of overdadig gebruik van het geneesmiddel. Uit de beslissing van de Codecommissie blijkt niet waarom de actie van Schering-Plough in strijd is met voormelde strekking. Claritine behoort tot de eerste keus antihistaminica waarvan de effectiviteit en veiligheid is bewezen. De actie bevorderde juist het rationele gebruik van geneesmiddelen omdat voorkomen zou worden dat artsen andere, minder veilige middelen dan Claritine zouden voorschrijven. Schering-Plough heeft voorts aangevoerd dat zij niet onrechtmatig jegens Hoechst Marion Roussel heeft gehandeld reeds omdat artikel 5 van de code voor de Publieksreclame Geneesmiddelen niet strekt tot bescherming van de belangen van Hoechst Marion Roussel maar tot bescherming van de volksgezondheid. Tenslotte heeft Schering-Plough nog een beroep gedaan op artikel 10 EVRM. Mocht er, zo stelt zij, sprake zijn van een reclame-uiting, dan is beperking van de vrijheid van meningsuiting slechts mogelijk indien zich een in artikel 10, tweede lid, aangeduide dringende maatschappelijke noodzaak voordoet, hetgeen niet het geval is.

4.5 Hoechst Marion Roussel is bij haar standpunt gebleven. Ten aanzien van het beroep ex artikel 10 EVRM heeft zij aangevoerd dat er wel degelijk sprake is van een rechtvaardiging voor de beperking van de vrijheid van meningsuiting. Voor gevallen als de onderhavige zijn de Codes, nu juist geschreven.

4.6 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. Vooropgesteld wordt dat zij begrijpt dat Hoechst Marion Roussel haar klacht met betrekking tot de door Schering-Plough verweten "refund"-actie doet steunen op zowel de Gedragscode Geneesmiddelenreclame (artikel 4.2) als de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen. Schering-Plough wenst de actie aan beide Codes getoetst te zien. Voor zover de klacht echter steunt op artikel 5 van de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen, is de Commissie van Beroep van oordeel dat de

kennisneming van de klacht ingevolge het bepaalde bij artikel 1 onder b. van de Code voor de Publieksreclame voor geneesmiddelen jo. artikel 5 van het Reglement van de Codecommissie en de Commissie van beroep voorbehouden was geweest aan Kamer II van de Codecommissie en had de kort-geding procedure, welke gezien artikel 11.1 slechts kan worden gevolgd ten aanzien van aan Kamer I op grond van artikel 8 ter behandeling voorgelegde klachten, voor Hoechst Marion Roussel niet opengestaan. Waar Hoechst Marion Roussel evenwel stelt dat de klacht in de eerste plaats betrekking heeft op reclame-uitingen van de zijde van Schering-Plough jegens de beroepsbeoefenaren en zij de klacht doet steunen op artikel 4.2 van de Code Geneesmiddelen Reclame, heeft zij de klacht in zoverre in een kort geding procedure bij Kamer I van de Codecommissie kunnen entameren en is zij in zoverre ontvankelijk te achten. Ofschoon, zoals aangegeven, reclameacties gericht tot het publiek niet tot de competentie van Kamer I behoren, kunnen reclameacties c.q. refund acties die (indirect) effecten op het publiek kunnen hebben bij de beoordeling van klachten over de beroepsbeoefenaren door Kamer I in zekere mate worden meegewogen.

4.7 De Commissie van Beroep wil aannemen dat Schering-Plough met haar actie een protest heeft willen laten blijken in verband met de in haar ogen zeer onredelijke effecten van het besluit van de Minister van 21 juli 1999 tot wijziging van de Regeling farmaceutische hulp 1996. Bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van reclame in de zin van de begripsbepaling in hoofdstuk III van de Gedragscode geneesmiddelenreclame is niet het oogmerk van de reclamemakende vergunninghouder, maar de aard en inhoud van de betrokken uiting of actie van belang. Uit de stelling van Schering-Plough dat de actie ertoe strekte het verlies van marktaandeel als gevolg van de 1 september-maatregel nog enigszins te beperken, blijkt overigens dat de actie toch minstgenomen mede tot oogmerk had de afzet van Claritine te bevorderen. Daartoe hield de actie in het aanbieden aan de meewerkende huisartsen van waardecoupons en het vragen van diensten aan de betrokken artsen en apothekers, te weten het meegeven aan de patiënt van een coupon bij het voorschrijven van Claritine respectievelijk het tegen inlevering van de coupon aan de patiënt gratis verstrekken van de eerste 15 tabletten Claritine. Deze diensten in de omgang tussen Schering-Plough als vergunninghouder en de betrokken artsen en apothekers strekken er naar hun aard toe Claritine aan te prijzen in de ruime betekenis die aan dat woord in voormelde begripsbepaling moet worden toegekend, gelet ook op de werkingssfeer van de Gedragscode zoals omschreven in hoofdstuk I: "reclame voor geneesmiddelen in de ruimste zin des woords (...)".

4.8 De Commissie van Beroep is van oordeel dat de feiten, zoals deze zich bij de actie van Schering-Plough hebben voorgedaan, in onderlinge samenhang bezien, een "refund"-actie vormen als bedoeld in artikel 5 van de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen. Een dergelijke actie wordt bij dat artikel verboden op grond van met name de gedachte dat zij strijdig is met het uitgangspunt dat reclame op zodanige wijze dient te geschieden dat het rationele gebruik van het betrokken geneesmiddel in farmacotherapeutisch opzicht wordt bevorderd. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep is een actie van een aard en strekking als de onderhavige, zelfs ook al zou de patiënt niets van de actie merken omdat bijvoorbeeld de voorschrijvend arts de coupons rechtstreeks aan de apotheker zou doen toekomen, ontoelaatbaar te achten op grond van artikel 4.2 van de Gedragscode Geneesmiddelenreclame, omdat deze het voorschrijfgedrag van de arts op een met de strekking

van deze Code strijdige wijze zou kunnen beïnvloeden. De gestelde omstandigheid dat Claritine een goed en veilig geneesmiddel is dat zich in de loop der jaren heeft bewezen, doet daar niet aan af. Het beroep op artikel 10 van het EVRM faalt naar het oordeel van de Commissie van Beroep. Het stond Schering-Plough ingevolge genoemd verdragsartikel inderdaad vrij haar protest tegen de maatregel van de Minister openlijk kenbaar te maken, maar het stond haar niet vrij zich zodanig te uiten dat daardoor het voorschrijfgedrag in hiervoor bedoelde zin zou kunnen worden beïnvloed. In zoverre is er sprake van een beperking van de vrijheid van meningsuiting wegens de bescherming van de gezondheid en de rechten van anderen.

4.9 De vraag of jegens Hoechst Marion Roussel onrechtmatig is gehandeld waardoor zij schade heeft geleden kan in het midden blijven nu de gevraagde voorzieningen ook zonder een zodanige onrechtmatige daad toewijsbaar zijn. De maatregelen kunnen in de in artikel 11.1 juncto 8.1 eerste alinea van het Reglement van de Codecommissie genoemde gevallen worden getroffen op verzoek van een ieder die bij het indienen van een klacht een in redelijkheid te respecteren belang heeft.

4.10 De Commissie van Beroep is van oordeel dat de Codecommissie de juiste beslissing heeft genomen, zij het dat de Codecommissie de zaak, in het licht van het in overweging 4.6 overwogene, niet met name op basis van artikel 5 van de Code voor de Publieksreclame voor Geneesmiddelen heeft kunnen afdoen. De Commissie zal de beslissing in conventie met verbetering van de gronden waarop zij berust bekrachtigen.

4.11 Schering-Plough baseert haar in eerste aanleg neergelegde reconventionele klacht, welke strekt tot het geven van een bevel tot rectificatie aan Hoechst Marion Roussel, op de stelling dat laatstgenoemde weigert de in haar mailing aan artsen van 29 juli 1999 vervatte onjuiste informatie dat onder andere Claritine in het geheel niet meer vergoed wordt, te rectificeren en doorgaat met het in advertenties benadrukken dat Telfast volledig vergoed blijft, zonder daarbij aan te geven dat dit geneesmiddel een aanzienlijk beperktere indicatie dan andere antihistaminica, zoals Claritine heeft. De Codecommissie heeft deze klacht wegens gemis aan feitelijke grondslag ongegrond verklaard. Met de grieven 2 en 3 komt Schering-Plough hiertegen op. Schering-Plough heeft deze grieven als volgt nader toegelicht. De Codecommissie heeft weliswaar terecht vastgesteld dat de mededeling in de brief van Hoechst Marion Roussel van 29 juni 1999 luidende: "Wij kunnen u berichten dat Telfast volledig vergoed zal blijven en uitsluitend op recept verkrijgbaar blijft" juist is, maar zij is ten onrechte voorbijgegaan aan de voorafgaande zin "Er bereiken ons veel vragen omtrent de vergoedingstatus van Telfast. Reden hiervoor is de aangekondigde maatregel van het Ministerie van WVS om antihistaminica uit de groep "buiten-WTG middelen" per 1 september niet meer te vergoeden." Met deze zin werd gesuggereerd dat andere antihistaminica dan Telfast, waaronder Claritine, met ingang van 1 september 1999 niet meer zouden worden vergoed. Aldus was de tekst van de mededeling misleidend. Voorts had de Codecommissie moeten oordelen dat op Hoechst Marion Roussel de verplichting rustte om in de brief de indicaties van andere antihistaminica, zoals Claritine, te vermelden. Ten aanzien van dit geneesmiddel is geen indicatie gegeven voor niet-seizoensgebonden (chronische) rhinitis en ten onrechte is aldus de indruk gewekt dat het onder meer wat Telfast betreft om in dat opzicht vergelijkbare middelen ging. Hoechst Marion Roussel is op gelijke wijze doorgedaan met reclame-uitingen.

4.12 Aan Schering-Plough kan worden toegegeven dat het ter vermijding van elk misverstand beter was geweest als de nuances van het Besluit van de Minister van 21 juli 1999 in de mailing duidelijker waren aangegeven. Mede in aanmerking genomen dat de mailing was gericht tot artsen, die mogen worden verondersteld voldoende bekend te zijn met de hier van belang zijnde verschillen in indicatie tussen Telfast en Claritine, kan naar het oordeel van de Commissie van Beroep niet van een misleidende, tot nadeel van Claritine strekkende reclame voor Telfast worden gesproken. Terecht heeft de Codecommissie dan ook geoordeeld dat aan de klacht een voldoende feitelijke grondslag ontbreekt. De Commissie van Beroep zal de beslissing van de Codecommissie in reconventie bekrachtigen.

5. DE BESLISSING

In conventie en reconventie

De Commissie van Beroep in kort geding:

Bekrachtigt de beslissing van de Codecommissie van 30 november 1999.

Deze beslissing is gegeven op 25 februari 2000 door mr R.C. Gisolf, voorzitter, mr M. van Delft-Baas en mr. E.J. van Sandick, leden, in tegenwoordigheid van S. van Rutten, griffier.