

B99.009

beslissing 14 juli 2000 nummer CvB 3/2000

BESLISSING VAN BEROEPSKAMER 1 VAN DE COMMISSIE VAN BEROEP VAN DE STICHTING CODE GENEESMIDDELENRECLAME

In de zaak van:

SEARLE, divisie van MONSANTO NEDERLAND B.V.,

gevestigd te Maarssen,
(aanvankelijk appellante)
verzoekster in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr R.J. Vles te Amsterdam,

tegen:

BOEHRINGER INGELHEIM B.V.,

gevestigd te Alkmaar,
(aanvankelijk geïntimeerde)
verweerster in conventie,
verzoekster in reconventie,
advocaat mr E.M. Polak te Amsterdam,

met betrekking tot een klacht ten aanzien van een uiting van geneesmiddelenreclame voor het middel: Arthrotec ® (verder: Arthrotec).

Partijen zullen verder worden genoemd Searle en Boehringer Ingelheim.

1. HET GEDING

1.1 Bij brief van 12 april 2000 is Searle bij de Commissie van Beroep van de Stichting Code Geneesmiddelen Reclame (verder te noemen: de Commissie van Beroep) in beroep gekomen van een op 24 maart 2000 onder nummer K99009 uitgesproken beslissing van de Codecommissie van de Stichting Geneesmiddelen Reclame (verder te noemen: de Codecommissie), gegeven tussen Boehringer Ingelheim als klaagster en Searle als verweerster. Bij voornoemde brief heeft Searle twee grieven tegen voormelde beslissing aangevoerd.

1.2 Ter zitting van 31 mei 2000 heeft de behandeling van de zaak voor de Commissie van Beroep plaatsgevonden. Namens Searle waren aanwezig de heer E. Luttkik, marketing manager, en de heer Ypenga, bijgestaan door mr R.J. Vles. Boehringer Ingelheim was ter zitting vertegenwoordigd door mevrouw M. Hetterscheid, arts MBA, marketing manager, bijgestaan door mr E.M. Polak.

De raadslieden hebben de standpunten van partijen aan de hand van een pleitnota toegelicht. Nadat de raadslieden nog hadden gere- en gedupliceerd, hebben partijen hun stukken overgelegd en een beslissing gevraagd. De inhoud van al deze stukken geldt als hier ingelast.

2. DE ONTVANKELIJKHEID

In conventie en reconventie

2.1 Ofschoon de ontvankelijkheidsvraag gelet op hetgeen hieronder in rechtsoverweging 2.3 wordt overwogen strikt genomen thans niet aan de orde is, maar de beslissing van de Codecommissie de aanleiding heeft gevormd de zaak aan de Commissie van Beroep voor te leggen, zal de Commissie van Beroep zich ten overvloede over voornoemde vraag uitlaten. Zoals hierboven reeds is aangegeven is Boehringer Ingelheim bij brief van 12 december 1999 (welke kennelijk op 13 december op het secretariaat van de Codecommissie is ingekomen) in beroep gekomen tegen de beslissing van 24 maart 2000. In de aanhef van de beslissing van de Codecommissie is aangegeven dat wordt overwogen en beslist naar aanleiding van een klacht in kort geding. Bij brief van 14 april 2000 heeft de advocaat van Boehringer Ingelheim, mr Polak, de Commissie van Beroep verzocht Searle in haar beroep niet-ontvankelijk te verklaren wegens overschrijding van de ten aanzien van een uitspraak van de Codecommissie in kort geding geldende appeltermijn van zes dagen. Bij brief van 19 april 2000 heeft de advocaat van Searle, mr Vles, de Codecommissie bericht dat hij van mening is dat er geen enkel aanknopingspunt is om aan nemen dat er in eerste aanleg sprake is geweest van een kort geding en dat de verwijzing in de uitspraak naar een zodanige procedure een kennelijke fout betreft. Hierop heeft de secretaris van de Codecommissie mr Vles bij brief van 27 april 2000 bericht dat de Codecommissie de klacht ten onrechte als klacht in kort geding heeft opgevat maar dat deze omissie, nu de klacht nadien feitelijk volgens de regels van de kort geding procedure is behandeld en afgedaan, door de Codecommissie niet meer kan worden hersteld.

2.2 De Commissie van Beroep onderschrijft de juistheid van de mededeling van de secretaris van de Codecommissie als hiervoor weergegeven. Uit de in eerste aanleg gewisselde processtukken kan niet worden afgeleid dat Boehringer Ingelheim de bedoeling heeft gehad een kort geding procedure te entameren. Evenmin blijkt dat er voor de behandeling ter zitting zulke duidelijke aanwijzingen waren dat Searle dan wel (het secretariaat van) de Codecommissie ervan uitgingen dat de kort gedingprocedure zou worden gevolgd, dat Boehringer Ingelheim hierop had moeten reageren. Onder deze omstandigheden hoefde Boehringer Ingelheim er geen rekening mee te houden dat haar klacht niet ten principale zou worden behandeld en kan de overschrijding van de beroepstermijn haar in redelijkheid niet worden tegengeworpen. De omstandigheid dat de Codecommissie uit drie leden was samengesteld en de beslissing de vermelding “in kort geding” bevatte maakt dit niet anders. Searle is dan ook ontvankelijk in haar beroep.

2.3 Ter zitting heeft de voorzitter van de Commissie van Beroep partijen de vraag voorgelegd of zij er de voorkeur aan geven dat de beslissing van de Codecommissie in verband met de bovengenoemde omissie van de Codecommissie wordt vernietigd en de zaak naar de eerste aanleg wordt terugverwezen voor een behandeling en afdoening ten principale dan wel dat zij de

zaak bij wege van prorogatie als bodemzaak ter beslissing aan de Commissie van Beroep wenselijk voor te leggen. Partijen hebben daarop ieder voor zich doch eensluidend te kennen gegeven de zaak bij wege van prorogatie ter beoordeling ten principale en in volle omvang aan de Commissie van Beroep voor te leggen. De Commissie van Beroep zal de zaak overeenkomstig de wens van partijen behandelen.

2.4 Bij brief van 25 mei 2000 heeft mr Polak de Commissie van Beroep doen weten dat Searle thans een nieuw password gebruikt dat luidt “minderulcera”. Boehringer Ingelheim heeft, aldus mr Polak, bezwaar tegen dit password omdat dit tevens een medische claim ten aanzien van Arthrotec is. Mr Polak heeft de Commissie van Beroep verzocht genoemd bezwaar van Boehringer Ingelheim bij de inhoudelijke beoordeling mee te nemen.

2.5 Bij brief van dezelfde datum heeft mr Vles de Commissie van Beroep meegedeeld dat Searle het bezwaar van Boehringer Ingelheim als een nieuwe klacht aanmerkt en dat zij te dien aanzien niet akkoord gaat met de aldus in feite voorgestelde prorogatie. Ter zitting heeft Searle verklaard bij dit standpunt te blijven.

2.6 Nu de behandeling door de Commissie van Beroep in dit bijzondere geval berust op instemming van beide partijen, is ook de instemming van Searle vereist voor voormelde uitbreiding van de klacht van Boehringer Ingelheim. Aangezien deze instemming ontbreekt, dient de uitbreiding buiten beschouwing te blijven.

3. DE FEITEN

In conventie en reconventie

3.1 Tussen partijen staat het volgende vast. Zowel Boehringer Ingelheim als Searle zijn ondernemingen die zich bezighouden met de productie, verhandeling en distributie van geneesmiddelen. Searle brengt onder meer het geneesmiddel Arthrotec op de markt, dat wordt toegepast en is geregistreerd als prostaglandinesynthaseremmer bij de behandeling van gewrichtsaandoeningen. Searle biedt de bezoeker van haar Nederlandse website www.arthrotec.nl de mogelijkheid om door te klikken naar de Amerikaanse site van Searle www.searlhealthnet.com. Op deze laatste site wordt onder meer het in de Verenigde Staten geregistreerde geneesmiddel Celebrex genoemd. Ten tijde van de behandeling van de aanvankelijke klacht door de Codecommissie was dit geneesmiddel in Nederland niet geregistreerd. Ter zitting van de Commissie van Beroep heeft Searle meegedeeld dat Celebrex inmiddels ook in Nederland is geregistreerd. Tussen partijen is niet in geschil dat de Amerikaanse website (ook) ten aanzien van het middel Celebrex reclame als aangeduid in de Nederlandse wet- en regelgeving bevat. Searle heeft op de Nederlandse website een wachtwoord geïnstalleerd dat aanvankelijk “arthrotec” luidde. Op de dag van de mondelinge behandeling van de klacht voor de Codecommissie is gebleken dat Searle genoemd wachtwoord had vervangen. Dit wachtwoord is door Searle uitsluitend aan beroepsbeoefenaren bekend gemaakt.

Het bedrijf Boehringer Ingelheim is eveneens op het internet actief, onder meer op het

internationale webadres www.boehringer-ingelheim.com Tijdens een internetdemonstratie ter zitting is gebleken dat bij het intypen van de URL www.boehringer-ingelheim.nl automatisch - dus zonder het aanklikken van een hyperlink - de webpagina www.boehringer-ingelheim.com op het beeldscherm verschijnt. Bij het intypen van de naam www.boehringer doen zich onder meer de mogelijkheden www.boehringer-ingelheim.nl , www.boehringer-ingelheim.be en www.boehringer-ingelheim.be voor. Al deze sites hebben een hyperlink naar www.boehringer-ingelheim.com De Belgische site bevat een Nederlandstalige versie.

4. DE STANDPUNTEN VAN PARTIJEN

In conventie en reconventie

4.1.1 Boehringer Ingelheim heeft de Commissie van Beroep verzocht bij de beoordeling van de vraag of Searle ten aanzien van Celebrex een niet toegestane vorm van reclame heeft gemaakt uit te gaan van de situatie waarin Celebrex in Nederland nog niet was geregistreerd.

4.1.2 Boehringer Ingelheim stelt zich op het standpunt dat met de directe doorklikmogelijkheid van de website Arthrocte.nl naar de website www.searlhealthnet.com de inhoud van de Amerikaanse site in de Nederlandse rechtssfeer wordt gebracht. De doorklikmogelijkheid is te beschouwen als een vorm van reclame maken voor het op die website genoemde geneesmiddel Celebrex. Omdat dit middel in Nederland nog niet was geregistreerd heeft Searle reeds om die reden in strijd gehandeld met de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening, het Reclamebesluit geneesmiddelen en de Code Geneesmiddelenreclame, aldus Boehringer Ingelheim. De link is zonder noodzaak geplaatst. De internetsite dient zodanig te worden aangepast dat de bezoeker van die site niet via een gerichte link naar reclame over Celebrex wordt geleid. De mogelijkheid om op de betreffende site te komen mag door Searle niet worden bevorderd.

4.1.3 Voorts is er sprake van verboden publieksreclame voor een geneesmiddel dat uitsluitend op recept mag worden afgegeven. Immers op de website Arthrotec worden medische claims over het middel Arthrotec vermeld en er bestaat genoemde directe verbinding met de Amerikaanse site waarop reclame voorkomt. Een farmaceutische onderneming dient er het nodige aan te doen om te verhinderen dat het publiek een internetsite met geneesmiddelenreclame zal kunnen bezoeken. Ten aanzien van het publiek is weliswaar (aanvankelijk) het wachtwoord "Arthrotec" geïnstalleerd, doch dit woord ligt teveel voor de hand. Het is een woord dat gemakkelijk en snel te vinden is, ook zonder het tevoren te kennen. Het schermt de site onvoldoende af.

4.1.4 Boehringer Ingelheim heeft zich, ofschoon zich in de feitelijke voor de beoordeling van deze zaak relevante uitgangspunten wijzigingen hebben voorgedaan, niet nader uitgelaten omtrent het petitum van haar verzoek aan de Commissie van Beroep als instantie aan welke het verzoek in eerste aanleg en hoogste ressort ter beslissing wordt voorgelegd. De Commissie van Beroep gaat ervan uit dat Boehringer Ingelheim net als bij de Codecommissie ook thans verzoekt om aan Searle op te leggen 1) het verbod promotie te verrichten voor Celebrex zolang dit middel nog niet in Nederland is geregistreerd en 2) het verbod publieksreclame te maken voor Arthrotec alsmede Celebrex.

4.2.1 Ter afwering van het conventionele verzoek heeft Searle onder meer het volgende aangevoerd. De internetsite www.arthrotec.nl is thans voorzien van een deugdelijk wachtwoord dat voor het publiek al een duidelijke drempel oproept. De kern is evenwel dat de Arthrotec-site zich niet op het publiek mag richten. Het gaat er volgens Searle om of de internetsite wel of niet op het publiek is gericht - hetgeen niet het geval is - en het doet er niet toe of in absolute zin tot afgrendeling van de site wordt gekomen ten aanzien van een groep potentiële bezoekers op wie de site zich niet richt.

4.2.2 De doorklikmogelijkheid naar de Amerikaanse site www.searlhealthnet.com kan niet tot gevolg hebben dat de inhoud van die site als de inhoud van de Nederlandse site www.arthrotec.nl kan worden beschouwd. De doorklikmogelijkheid betreft niet het geneesmiddel Celebrex direct. Er wordt niet doorgeklikt naar een site van Celebrex. Op de corporate-site waarnaar vanaf www.arthrotec.nl wél wordt doorgeklikt wordt veel informatie over Searle en haar producten gegeven. Celebrex springt daarbij niet zonder meer in het oog. Bij de beantwoording van de vraag of de Amerikaanse site tot de Nederlandse moet worden gerekend dient aansluiting te worden gezocht bij het criterium in het door de President van de rechtbank te Utrecht in kort geding gewezen vonnis van 15 februari 2000 tussen de Staat der Nederlanden en Roche Nederland B.V., of er in de desbetreffende situatie al dan niet sprake is van een te snel en te nadrukkelijk wijzen op het betreffende geneesmiddel. Van een te snelle en nadrukkelijke verwijzing is in dit geval echter geen sprake. Gezien het aantal handelingen dat door de internetgebruiker moet worden verricht om bij het geneesmiddel Celebrex op de Amerikaanse site te komen, kan niet worden gezegd dat deze via een specifieke routing naar Celebrex wordt geleid. Met het in de tussen partijen gegeven beslissing van 24 maart 2000 neergelegde criterium, luidende dat “Van een farmaceutisch bedrijf mag worden verwacht dat men alle nodige en redelijkerwijs mogelijke voorzorgen neemt om te verhinderen dat het brede publiek toegang krijgt tot louter voor beroepsbeoefenaren bestemde informatie en/of reclame over receptgeneesmiddelen” heeft de Codecommissie een onjuiste en te absolute maatstaf aangelegd. In dat verband heeft Searle gewezen op de in voornoemde beslissing voorkomende zin “met betrekking tot niet in Nederland geregistreerde geneesmiddelen, zoals Celebrex, moet de eis van niet-toegankelijkheid ook voor beroepsbeoefenaren worden gesteld.” Het gaat er niet om of er een absolute onmogelijkheid wordt geschapen om met de reclame-uiting op de site in aanraking te komen, maar of die site in redelijkheid is afgeschermd. Sneller kan de betreffende informatie echter - zonder het intypen van www.arthrotec.nl in de adresbalk - worden gezocht door het intypen van een trefwoord op een van de op het internet actieve zoekmachines. Alleen daarom al is er geen sprake van dat de internetgebruiker te snel en te nadrukkelijk op Celebrex wordt gewezen, zo stelt Searle.

4.3.1 Searle baseert haar (voorwaardelijke) verzoek in reconventie op de stelling dat Boehringer Ingelheim met haar internationale - verboden reclame bevattende - website www.boehringer-ingelheim.com - welke via een hyperlink op (onder meer) de website www.boehringer-ingelheim.be/nl is op te roepen en welke automatisch verschijnt na het intypen van het adres www.boehringer-ingelheim.nl - zelf datgene doet wat zij Searle verwijt. De website www.boehringer-ingelheim.com en meer speciaal de daarmee “gelinkte” Nederlandse teksten zijn in beginsel wellicht bestemd voor het Nederlandstalig deel van België maar ook

voor Nederland. Searle vordert voorwaardelijk deze handelwijze van Boehringer Ingelheim te veroordelen.

4.3.2 Tenslotte heeft Searle nog aangevoerd dat de Codecommissie in strijd met de (definities in de) betreffende regelgeving, een begrip “bedrijfsinformatie” – dat zich kennelijk onderscheidt van reclame – heeft geïntroduceerd.

4.4.1 Boehringer Ingelheim heeft het voorwaardelijk ingestelde verzoek bestreden. Zij stelt dat de doorklikmogelijkheid geldt voor haar Belgische site (van welke de landenherkomst top level domeinnaam be. is) doch niet voor haar Nederlandse. De tekst van de Belgische site is weliswaar in het Nederlands gesteld, doch dit betekent niet dat de site op Nederland is gericht.

5. DE BEHANDELING VAN DE ZAAK

In conventie en reconventie

5.1 De Commissie van Beroep overweegt als volgt. Het geografisch werkingsbereik van het Reclamebesluit geneesmiddelen en de daarop gebaseerde Gedragscode Geneesmiddelenreclame is in beginsel beperkt tot het Nederlandse grondgebied. Materieel hebben het Besluit en de Code betrekking op alle vormen van colportage, marktverkenning of stimulering die bedoeld zijn om de verkoop, het afleveren, het voorschrijven of het gebruik van geneesmiddelen te bevorderen. De wet- en regelgeving maakt geen uitzondering voor welk medium dan ook dat ten behoeve van de reclame wordt gebruikt. Bij gebrek aan wettelijke uitzonderingsregels voor het aanbieden van reclame via het internet is de Nederlandse regelgeving dan ook rechtstreeks van toepassing op reclame-uitingen in Nederland door middel van dat medium. Ten aanzien van klachten met een internationaal karakter over uitingen van reclame in Nederland geldt dat de rechtsmacht van de Codecommissie en de Commissie van Beroep in beginsel ook is beperkt tot het Nederlandse grondgebied, hetgeen in gevallen waarin reclame-uitingen vanuit het buitenland via het internet of anderszins binnen de Nederlandse rechtssfeer worden gebracht zou kunnen betekenen dat genoemde commissies wat de klachten over dergelijke reclame-uitingen betreft geen (internationale) rechtsmacht hebben. Dit laatste doet zich in deze zaak echter niet voor. Hier gaat het immers om de vraag of een in Nederland gevestigd bedrijf in Nederland reclame maakt door het publiek in contact te brengen met de internationale website van het buitenlandse moederbedrijf.

5.2 Niet in geschil is dat de reclame-uiting op de internationale website met betrekking tot het geneesmiddel Celebrex, een vorm van reclame is die in Nederland verboden is. Indien bedoelde reclame voor een in Nederland niet geregistreerd geneesmiddel (waarvan het de bedoeling was dat dit door Searle binnenkort op de Nederlandse markt zou worden gebracht), door Searle zou zijn gemaakt op de website www.arthrotec.nl zelf, zou deze reclame, ook al zouden er enkele “extra” doorklikhandelingen moeten worden verricht en ook al zou Celebrex niet direct in het oog springen, ontoelaatbaar zijn. In redelijkheid kan niet worden volgehouden dat de omstandigheid dat voor het oproepen van de buitenlandse site waarop reclame wordt gemaakt, enkele malen een hyperlink moet worden aangeklikt voor de gemiddelde internetgebruiker zodanig bezwarend is dat daardoor de reclame-uiting op die site buiten het

bereik van de Nederlandse reclameregeling zou komen.

Met de hyperlink op de website www.arthrotec.nl naar www.searlehealthnet.com heeft Searle de reclame op de internationale Searle-site tot de hare gemaakt en binnen de Nederlandse rechtssfeer gebracht. Aangenomen dat de reclame op www.searlehealthnet.com niet in de eerste plaats op Nederland was gericht, is de Commissie van Beroep van oordeel dat deze reclame zich onder de bovengenoemde omstandigheden wel op Nederland is gáán richten. Dat de reclame in de Engelse taal is gesteld komt in dit geval onvoldoende gewicht toe om dat anders te maken. Deze taal wordt in Nederland in het algemeen goed begrepen. Voorts wordt nog overwogen dat de omstandigheid dat het geneesmiddel Celebrex ook op andere dan de hiervoor besproken wijze via het internet kan worden gevonden - en mogelijk zelfs sneller - aan het vorenstaande niet afdoet.

5.3 Zoals Searle heeft aangegeven heeft zij zowel het oude wachtwoord “arthrotec” als het nieuwe wachtwoord onder (een deel van) de beroepsbeoefenaren bekend gemaakt. Daarmee verkregen deze beroepsbeoefenaren via de website www.arthrotec.nl directe toegang tot meergenoemde internationale website. Wat de toegang van het publiek tot de website www.Searlehealthnet.com via de website www.arthrotec.nl betreft, is de Commissie van Beroep van oordeel dat de onderhavige site, welke in haar uitwerking mede gezien haar aard, vormgeving en inrichting op zichzelf beschouwd mede op het publiek is gericht, onder het wachtwoord “arthrotec” te eenvoudig was te bereiken. Aldus is de reclame van Searle - jegens de beroepsbeoefenaren (onder beide wachtwoorden) en jegens het publiek (onder het wachtwoord “arthrotec”) - naar het oordeel van de Commissie van beroep in strijd met de geldende regelgeving en heeft Searle in zoverre onrechtmatig gehandeld.

5.4 Zoals de Commissie van Beroep blijkens rechtsoverweging 2.6 reeds heeft beslist, zal de deugdelijkheid van het thans door Searle gebezigde wachtwoord niet in deze zaak worden beoordeeld. Derhalve kan niet worden beoordeeld of er sinds de wijziging van het wachtwoord sprake is van enigerlei vorm van publieksreclame.

5.5 Het verzoek in conventie van Boehringer Ingelheim om aan Searle een verbod op te leggen promotie te verrichten voor Celebrex zolang dit middel nog niet in Nederland is geregistreerd zal worden afgewezen nu gebleken is dat de registratie van Celebrex inmiddels heeft plaatsgevonden. Een verklaring voor recht ten aanzien van dit punt heeft Boehringer Ingelheim niet gevraagd. Omdat niet is komen vast te staan dat Searle na de wijziging van het wachtwoord nog publieksreclame maakt, zal het verzoek tot het opleggen van een verbod aan Searle om dergelijke reclame voor Arthrotec alsmede Celebrex te maken worden afgewezen.

5.6 Ten aanzien van de vordering in reconventie overweegt de Commissie van Beroep als volgt. Zoals hiervoor reeds is overwogen is gebleken dat bij het intypen van de URL www.boehringer-ingelheim.nl automatisch - dus zonder het aanklikken van een hyperlink - de webpagina www.boehringer-ingelheim.com op het beeldscherm verschijnt. In het kader van dit geding stelt de Commissie van Beroep deze automatische doorschakeling gelijk aan de hyperlink van Searle zoals deze hierboven aan de orde is gekomen. Voor zover op die pagina reclame wordt gemaakt voor in Nederland niet geregistreerde UR geneesmiddelen geldt met betrekking tot de onrechtmatigheid van die reclame hetzelfde als is overwogen omtrent de

rechtmatigheid van de reclame voor het middel Arthrotec. Boehringer Ingelheim heeft ter zitting nog aangevoerd dat de website www.boehringer-ingelheim.nl niet bestaat. Wat daar ook van zij, de automatische doorschakeling is een feit. Mogelijk dat wijziging van de domeinnamen van de diverse bedrijven van Boehringer Ingelheim of andere methoden daarin verandering kunnen aanbrengen. Tegen vorenstaande achtergrond kan bespreking van de Belgische website verder achterwege blijven.

5.7 Het verzoek in reconventie is voorwaardelijk, namelijk voor het geval het verzoek in conventie wordt toegewezen, ingesteld. Omdat het conventionele verzoek wordt afgewezen is het verzoek in reconventie ook niet toewijsbaar.

5.8 De Commissie van Beroep vindt aanleiding de in conventie en reconventie gevallen proceskosten op na te melden wijze tussen partijen te compenseren.

6. DE BESLISSING

In conventie en reconventie

De Commissie van Beroep:

wijst de verzoeken af;

compenseert de proceskosten aldus dat iedere partij de eigen kosten draagt.

Deze beslissing is gegeven op 14 juli 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.